جامعة نايف العربية للعلوم الأمنيـة
كليـة الدراسـات العـليـا
قسـم العـدالة الجنـائـيـة
تخصص التشريع الجنائي الإسلامي

شـروط أطـراف الدعـوى

في الفقه ونظام المرافعات الشرعية

(دراسة مقارنة تطبيقية)

بحث تكميلي متطلب لدرجـة الماجستير في قسـم العدالة الجنائية

إعداد

عبد الله بن ناصر بن عبد الله العرجاني

الرقم الجامعي ٤٢٣٠٢٠٦

إشـــراف

المستشار الدكتور/ فؤاد عبدالمنعم أحمد

الريـاض ١٤٢٧ هـ /٢٠٠٦م

إهـــداء

إلى كل الذين وقفوا بجانبي وكابدوا معي عناء التحصيل والبحث

وكانوا بعد الله هم العون والسند

أهدي لهم هذا الجهد المتواضع

والذي أسأل المولى جلت قدرته أن ينفع به كاتبه وقارئه

جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية

كلية الدراسات العليا

العدالة الجنائية

التشريع الجنائي الإسلامي

ملخص رسالة

شروط أطراف الدعوى في الفقه ونظام المرافعات الشرعية (دراسة مقارنة تطبيقية)

إعداد الطالب : عبدالله بن ناصر بن عبدالله العرجاني

إشـــراف : المستشار الدكتور / فؤاد عبدالمنعم أحمد

لجنة مناقشة الرسالة :

١ - المستشار الدكتور / فؤاد عبدالمنعم أحمد، مشرفا

٢ - الاستاذ الدكتور / رويعي الرحيلي، عضوا

٣ - الدكتـــور / موسى القرني، عضوا

تاريخ المناقشة : ١٤٢٧/٥/٢٥هـ الموافق ٢٠٠٦/٦/٢١م

مشكلة البحث : أن نصوص القوانين الوضعية والأنظمة الحديثة لا تجلي هذا الموضوع وغالبـا ما تكتفي بالإشارة الموجزة. وأن كثيرا من الناس لا يميـزون بـين المـدعي والمدعى عليه تمييزاً صحيحاً.

أهمية البحث : أن من عرف المدعي والمدعى عليه فقد عرف وجـه القـضاء ولتعلـق هـذا الموضوع بجوانب أخرى مهمة فإنه يستفيد من أهميتها كالقضاء والدعوى.

وترجع أهميته أيضا لبيان وتجلية أطراف الدعوى أمام القاضي حتى لا ينقلب عليه الحال فيكلف أحدهما بما لا يلزمه.

أهداف البحث : ١- تحديد مفهوم كل من المدعي والمدعى عليه وأوجه التفريق بينهما في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية.

٢ – بيان الشروط الواجب توافرها في كل منهما كذلك.

٣ – ذكر ما يترتب على هذه الشروط من آثار وجودا وعدما كذلك.

٤ – بيان أوجه الشبه والاختلاف بين فقه الشريعة والقوانين الوضعية في مقابلة نظام المرافعات الشرعية السعودي ٥ – تحديد أنواع الخصوم في الدعاوى.

فروض البحث / تساؤلاته : ١ – من المدعي؟ ومن المدعى عليه ؟ وهل هناك فرق بينهما؟ وإذا كان هناك فرق بينهما فما هو هذا الفرق ؟ ٢- هل هناك شروط للمدعي والمدعى عليه في الشريعة ؟ وما هي هذه الشروط ؟ وما هو موقف القوانين ونظام المرافعات الشرعية منها؟ ٣- وماذا يترتب على توافر هذه الشروط أو تخلفها؟ ٤ – وما هي أوجه الشبه والاختلاف بين الشريعة ونظام المرافعات الشرعية في مقابل القوانين؟ ٥ – وما هي أنواع الخصوم في الدعاوى؟

منهج البحث : وقد استخدمت في الإطار النظري للبحث المنهجي الاستقرائي التحليلي المقارن من خلال الرجوع للكتب المعتمدة في فقه الشريعة الإسلامية مع المقابلة بالقوانين الوضعية.

أما الجانب التطبيقي فقد استخدمت فيه تحليل المضمون عن طريق الرجوع إلى عشرة أحكام صادرة من المحاكم السعودية وتحليلها وفق ما سبق في الجانب النظري.

أهم النتائج : ١ – أن أطراف الدعوى هم أطراف النزاع فيها وهم المدعي والمدعى عليه.

٢ – أن المعرفة الدقيقة بطرفي الدعوى أمر مشكل وصعب ٣ – أن التمييز بين طرفي الدعوى من الأهمية بحيث اختلاف الأحكام والآثار المترتبة على كل

منهما. ٤ – أن لكل من المدعي والمدعى عليه شروطا ينبغـي تحققهـا قبـل الخوض في موضوع الدعوى وعدم توافرها يترتب عليه عدم قبول الدعوى.
٥ – أن الأهلية شرط مستقل في طرفي الدعوى وتصح استثناء من صبي مميز وعبد مأذون على الراجح. ٦ – أن الصفة شرط مستقل فلا تقبل الدعوى من أو على من لا شأن له فيها. ٧- أن حضور المدعي أو من يمثله شرط للحكم لـه وحضور المدعى عليه واجب وليس شرطا فتقبل الدعوى وتسمع البينة بها ولو مع تخلفه . ٨ – أن التعيين لطرفي الدعوى شرط لقبولها فـلا تقبـل دعـوى المجاهيل ولا الدعوى عليهم.

NAIF ARAB UNIVERSITY FOR SECURITY SCIENCES
POST GRADUATION COLLEGE

CRIMINAL JUSTICE
ISLAMIC CRIMINAL LEGISLATION

THESES ABSTRACT

Conditions of parties of claim in Jurisprudence and legislative procedures regulation (applied comparative study)

Prepared by student : **ALARJANI, ABDULLAH NASSER ABDULLAH**
Supervised by : **Consultant Professor / FOAD ABDULMUNEM AHMED**

Discussion committee :

1- **Consultant Professor / FOAD ABDULMUNEM AHMED**, supervisor
2- **Prof. Dr. / RUWAIE ALRAHILI** , member
3- **Dr. MOUSA ALQARNI** , member

Date of discussion 25/05/1427AH corresponding to 21/06/2006AD

Problem of the theses:

Contexts of the by laws and modern regulations does not clarify this topic and are often satisfied with abstract hinting in its respect. Some people does not accurately discriminate between plaintiff and defendant.

Importance of the thesis:

Recognition of the plaintiff and the defendant is recognition of aspect of judgment. Whereas this topic is related to other important ones, it shall utilize such importance as that of judgment and claim.

It importance refers also to process of clarifying and manifestation of parties of claim before the judge so that matters shall not go versed and hence one of the parties is charged irrespectively.

Thesis Objectives

1- identifying both concepts of plaintiff and defendant and aspects of differentiating between them in Islamic legislation, by laws and legislative procedures regulation.
2- Manifesting conditions deemed necessary for both of them
3- Mentioning consequent effects of such conditions
4- Manifesting aspects of similarity and difference between jurisprudence legislation and by laws in comparison with Saudi legislative procedure regulation
5- Identifying litigants in the claim

Thesis assumptions/ inquiries:

1- Who is the plaintiff ? the defendant?
2- Is there difference between them?
3- If there had been difference what might it be?
4- Are there conditions for the plaintiff and the defendant in Islamic legislation?
5- What are these conditions?
6- What is the situation of by laws and the legislative procedure regulation towards such conditions?
7- What is the consequent of availability or unavailability of such conditions?
8- What are aspects of similarity and difference between jurisprudence of legislation and legislative procedure regulation in comparison to by laws?
9- What are types of litigants in claims?

Thesis Method:

In the theoretical sphere of methodological, analytical, deductive comparative research, through referring to approved references in Islamic jurisprudence legislation compared to by laws.

As for the applied sphere, I used through referring to ten sentences issued by Saudi courts and analyzing them according to the aforementioned in the theoretical sphere.

Key conclusions:

1- Parties of the claim are parties of the dispute in its respect and they are merely the plaintiff and the defendant.
2- Accurate knowledge of parties of the claim is intermingled and critical matter.
3- Differentiation between parties of the claim is so important that it affects consequent sentences and judgments.
4- Both plaintiff and defendant have conditions to be satisfied before commencing in the procedures subject to the claim and unavailability of such might result in casting the claim.
5- Competence is an independent condition in parties of the claim and is valid exceptionally from sane infant to permitted slave.
6- Concern is an independent condition; hence claim is not sustained from or against non-concerned person.
7- Attendance of the plaintiff or his representative is conditional for sentencing for him; attendance of the defendant is a must and not conditional, hence claim is sustained and the evidences are heard even in his absence.
8- Assignment for parties of the claim is conditional for sustaining it and hence no claim is sustained from or against unknown

مقـــــــــدمـــــــــة

الحمد لله وحده، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده، محمد وآله أما بعد

فإنه لما كانت الطبيعة البشرية تقتضي الاخـتلاف، والتنـازع، والتـدافع، والتناحر، كان من حكمة المولى عز وجل أن جعل لهذا الأمر حداً يقـف عنـده، ويقضي على ما قد يتبعه من مفاسد، ويحقـق للنـاس فـي ذات الوقـت حمايـة مصالحهم، ورد العدوان عنها، وإرساء روح الأمن والطمأنينة على سيادة الحـق والعدل بينهم دون خوف أو تمييز، ومن هنا جاءت أهمية الدعوى، وأهمية القضاء وما يتبعهما في سبيل إقامة ميزان العدل والحق بين الخلق.

ولذلك يقول الرحمة المهداة والهادي البشير صلى الله عليه وسلم كما فـي حديث ابن عباس: (لو يعطي الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجالٍ، وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه). متفق عليه، واللفظ لمسلم[1].

وقد نص أهل العلم رحمهم الله تعالى؛ على أن هذا الحـديث هـو قاعـدة كبيـرة مـن قواعـد أحكام الشرع[2].

وهذا ما يقتضي ويستلزم المعرفة بالمدعي والمدعى عليه، ومعرفة كيفيـة التمييز بينهما، وهل يصح من كل أحد أن يتقدم للدعوى، أو أن تقام عليـه، أم أن هناك شروطاً لابد من توافرها في كل طرف من أطرافهـا، ومـع وجـود هـذه الشروط؛ لابد من النظر في توافرها من عدمه، لأن ذلـك ممـا يـنعكس علـى الدعوى، ويرتب أحكاماً خاصة .

ومن هذا المنطلق جاءت هذه الدراسة المتواضعة عسى أن أوفـق فيهـا، والتي التزمت فيها بالرجوع للمصادر الأصيلة في فقه الشريعة الإسلامية قدر مـا استطعت؛ خصوصاً في تحقيق أقوال فقهاء المذاهب، ومعرفة أوجه تلك الأقـوال،

---

١. رواه البخاري. محمد بن إسماعيل ، في صحيح البخاري، كتاب التفسير، باب:(إن الذين يشترون بعهد الله وأيمـانهم ثمناً قليلاً أولئك لا خلاق لهم)، برقم (٤٥٥٢)، (٨٦١)، (بيت الأفكار الدولية ، الرياض ١٤١٩هـ). ورواه مسلم بـن الحجاج في صحيح مسلم، كتاب الأقضية، بـاب اليمـين علـى المـدعى عليـه، (دار المغنـي، الريـاض، الطبعـة الأولى١٤١٩هـ)، برقم (١٧١١)،(٩٤١).

٢ . النووي، يحيى بن شرف الدين، شرح صحيح مسلم، (مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى١٤١٢هـ) (٤/١٢).

وما تستند إليه من دليل أو تعليل، ولم ألتزم بالترجمة لكل علم يمـر بـي أثنـاء الدراسة، إذا كان من الأعلام المشهورين الذين يكثر ذكرهم، وإيراد أقوالهم.

وعند ورود الحديث فإن كان مخرجاً في الصحيحين اكتفيت بالإسناد إليهما، والأخذ بتصحيحهما، ما لم يكن في طرقه عند غيرهما زيادة حكم أو كان مخرجـاً في غيرهما فإني أحرص على تتبع طرقه في كتب السنة حسب القدرة، ثم أعقـب ذلك بالحكم عليه معتمداً على ما ذكره علماء التخريج.

ولا أنسى في مقامي هذا أن أتقدم بخـالص شـكري، وتقـديري لـسعادة المستشار الدكتور: فؤاد عبدالمنعم أحمد على ما بذله معي من جهد، ووقـت فـي التوجيه، والنصح والإرشاد على كثرة مشاغله، وضيق الوقت الـذي تـولى فيـه الإشراف على دراستي، فجزاه المولى عني خير ما جزى عبداً من عبيـده علـى إحسانه، وأعقب له بذلك الحسنى في الدنيا، والآخرة، ووفقني، وإياه، والمـسلمين أجمعين لما يحبه، ويرضاه، إنه جواد كريم.

الإطار المنهجي للدراسة

ويتضمن ما يلي:

أولاً:مشـــكلة الدراســـة

ترجع مشكلة الدراسة إلى أن نصوص القوانين الوضعية والأنظمة الحديثة لا تجلي هذا الموضوع، ولا توضحه بالشكل الكافي؛ بل تكتفي بالإشارة إليه دون التفصيل، والدخول في الحالات المتفرعة عليه.

مع العلم أن الإشارة قد تكون في موضع يحتمل عدة احتمالات، خـصوصاً إذا كان هذا الشرط موضع خلاف بين علمـاء الـشريعة الإسـلامية، أو شـراح القوانين الوضعية. والمفترض أن القوانين والأنظمة تبنى على موقف محدد تجـاه أي خلاف، وإلا فما الفائدة منها إذا لم تكن حاسـمة، ورافعة للنزاع قاطعة له.

وتظهر المشكلة في أن كثيراً من الناس؛ بل ومن المتعلمين، لا يميزون بين المدعي والمدعى عليه، وما يشترط في كل منهما، فليس كل من سبق إلى القاضي هو المدعي دائماً، بل المدعي قد ينقلب مدعى عليه، إذا أثيرت دفوع أثنـاء سـير الدعوى . وبذلك يعلم أن هذا الأمر مما يحتاج إليه؛ خاصةً من كانت له دعوى، أو حقاً وكان الطرف الآخر ناقص الأهلية، أو فاقداً لها أو ليس له شأن، أو صفة في الدعوى، فإن للمدعى عليه في هذه الحال الدفع بعدم قبول الدعوى، وعندما يكون هذا المدعي فاقد الأهلية، أو الصفة، فيمكنه تصحيح وضعه بولاية أو وكالة.

ويعظم أثر المشكلة عندما لا يكون عند القاضي درايةً تامةً بهذه المـسالة، فقد يكلف البينة من لا يجب عليه سوى اليمين وقد يكلف اليمين من لا تجب عليه.

ثانياً: أهميـــة الدراســـة

قال سعيد بن المسيب (رحمه الله تعالى)[1]: من عرف المـدعي والمـدعى عليـه فـقـد عرف وجه القضاء[2].

فهذا النص يبرز لنا أهمية الموضوع، وتعلقه بجوانب عديدة يـستفيد مـن أهميتها كالدعوى والقضاء؛ فإن الله جل جلاله قد خلق الخلق أطـواراً، علـومهم شتى متباينة، ولتباين الهمم تقع الخصومات بينهم فالسبيل في الخصومة قطعها، لما في امتدادها من الفساد والله تعالى لا يحب الفساد، وطريـق فـصل الخـصومات الإلتجاء للقضاء عن طريق الدعوى[3].

ومن هنا جاءت أهمية القضاء، حيث أمرت الشريعة الإسلامية القاضي أن ينظر في الدعوى المقدمة إليه إن كانت صحيحةً موافقةً للشروط المعتبرة شـرعاً وفقاً لأصول استماع الدعوى، وطرق إثباتها، وأن يحكم بين الناس بما توصل إليه من أدلة تطمئن نفسه إليها[4].

وترجع أهميته أيضاً لبيان، وتجلية أطراف الدعوى أمام القاضي، حتـى لا ينقلب الحال عليه فيكلف أحدهما بما لا يلزمه.

وهذا ما يجلي عظمة هذه الشريعة الغراء والتي ما تركت من بـاب فيـه مصلحة إلا ودلت عليه بل ورغبت فيه وحثت عليه ولا باب من أبواب الـشر إلا وحاربته وأمرت بسـده .

---

1. هو سعيد بن المسيب بن حزن بن أبي وهب المخزومي القرشي ، أبو محمد سيد التابعين في زمانـه وعـالم أهـل المدينة ، ولد لسنتين مضتا من خلافة عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، وقيل لأربع بالمدينة ، رأى عمر وسمع عثمان وعلي وزيد ، توفي بالمدينة سنة٩٤هـ . انظر : الذهبي ، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن قايماز ، سير أعلام النـبلاء ، (بيت الأفكار الدولية ، الرياض ، الطبعة الأولى٢٠٠٤م) ، (٢ / ١٨٢٢) .

٢. التسولي، أبوالحسن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، (دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة١٣٩٧هـ)، (٢٤/١).

٣. السرخسي، محمد بن أحمد، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى١٤١٤هـ، (٢٨/١٧).

٤. الدغمي، محمد راكان ضيف الله، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية (دار عمار، عمـان، دار الجيـل، بيروت، ١٤١١هـ، بدون طبعة) (٩-١٠).

ثالثاً: أهـداف الدراســـة

تهدف هذه الدراسة إلى تحقيق الأهداف التالية :

١ـ تحديد مفهوم كل من المدعي والمدعى عليه، وأوجه التفريق بينهمـا فـي الشريعة الإسلامية، وفي القوانين الوضعية، وفي نظام المرافعات الـشرعية السعودي.

٢ـ بيان الشروط الواجب توافرها في كل من المدعي والمـدعى عليـه فـي الشريعة الإسلامية، والقـوانين الوضـعية، ونظـام المرافعـات الـشرعية السعودي.

٣ـ ذكر ما يترتب على هذه الشروط؛ من صحة، وقبول، وفـساد، وبطـلان، وعدم سماع في الشريعة الإسلامية، والقوانين الوضعية، ونظام المرافعـات الشرعية السعودي.

٤ـ بيان أوجه الشبه وأوجه الإختلاف بـين الـشريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعية، ومقابلة ذلك بنظام المرافعات الشرعية السعودي.

٥ـ تحديد أنواع الخصوم في مختلف الدعاوى .

رابعاً : أسـئلة الدراســـة

هناك العديد من التساؤلات حول هذه الدراسة لكن سأكتفي بأبرز مـا تمـس الحاجة إليه منها.

١ـ من المدعي ؟ ومن المدعى عليـه ؟ وهل هناك فرق بينهما ؟
وإذا كان هناك فرقٌ بينهما فما هو هذا الفرق ؟

٢ـ وهل هناك شروطٌ للمدعي وللمدعي عليه في الشريعة الإسلامية ؟
وما هي هذه الشروط ؟ وما هو موقف القوانين الوضعية من هذه الـشروط؟
وما هو موقف نظام المرافعات الشرعية السعودي منها كذلك ؟

٣ـ وماذا يترتب على توافر هذه الشروط أو تخلفها ؟

٤ـ وما هي أوجه الشبه والإختلاف بين الشريعة الإسلامية ونظـام المرافعـات الشرعية المقارن بالقوانين الوضعية ؟

٥ـ وما هي أنواع الخصوم في الدعاوى ؟

خامساً : حـــــــــــدود الدراســـــة

هذه الدراسة هي فيما يتعلق بأطراف الدعوى من تعريف وشـروط ومـا يترتب على هذه الشروط من آثار وجوداً وعدماً في الشريعة الإسـلامية ونظـام المرافعات الشرعية السعودي مع المقابلة بالقانون الوضـعي قـانون المرافعـات المدنية والتجارية المصري.

أما الجانب التطبيقي فإنه فيما يتعلق بالأنظمة فهو محدد بالأنظمة المعمول بها في المملكة العربية السعودية . وأما ما يتعلق بالقضايا المدروسة فهو محـدد بمدينة الرياض خلال عشر سنوات ماضية بما لا يقل عن عشر قضايا.

سادساً : منهـــــج الدراســـــة

وقد استخدمت في الإطار النظري للبحث المـنهج الإسـتقرائي التحليلـي المقارن وذلك من خلال استعراض شروط أطراف الدعوى من مظانها في الكتب المعتمدة في المذاهب الإسلامية، وعرض الآراء وتحليلها، ومن ثم اختيار الـرأي المتوجه فيها بالحجة والبرهان. وهو ما يقال أيضاً في الرأي والتوجه القانوني لكن مع إيجاز ذلك فيه .

أما الجانب التطبيقي فقد استخدمت فيه تحليل المضمون عن طريق الرجوع إلى عشرة أحكام صادرة من المحاكم السعودية وتحليلها للتعرف على مركز كـل من المدعي والمدعى عليه والشروط المتطلبة في كل منهما .

سابعاً : الدراســـات الســـابقة

وسأذكر أبرز ما وقفت عليه منها مع ما تتميز به هذه الدراسـة عنها، وقد رتبتها مبتدئاً برسائل الدكتوراه ثم الماجستير مع مراعاة الأسبقية الزمنية. وسوف أجعل ما تتميز به دراستي في نهاية الدراسات تحاشياً لتكرار المضمون.

الدراسـة الأولى :

بعنوان: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنيـة والتجارية.

للباحث : محمد نعيم ياسين . وهي رسالة دكتوراه تقدم بها الباحث لكليـة الشريعة والقانون بجامعة الأزهر بالقاهرة عام ١٣٩١هـ. (وهي منشورة من دار النفائس، الأردن ١٤١٩هـ).

وقد جعل الباحث دراسته في تمهيد وبابين وخاتمة .

الباب الأول :عناصر الدعوى ، وجعله في فصلين :

الفصل الثاني : شروط الدعوى ، وجعله في مقدمة ومبحثين ،

المبحث الأول: الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى ، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: شروط المدعي والمدعى عليه،

المطلب الثاني: شروط المدعى به

المبحث الثاني : شروط ركن الدعوى .

الخاتمة : وجعلها في فصلين ، الفصل الأول : الحكم ، الفـصل الثـاني : العوارض التي تنهي الخصومة قبل صدور حكم فيها .

وقد استقصى الباحث في تأصيل الموضوع من الناحية الشرعية لكنه اعتمد بشكل كبير على فقه الحنفية وعند تعرضه للخلاف يذكر الأقوال فيها ثم يتركهـا دون تفصيل أو ذكر أدلة أو الرأي المختار كما في الاستثناءات الواردة على شرط الأهلية، وقد قارن ذلك مع قانون المرافعات المصري. ولـم يعـرض لنتـائج أو توصيات لدراسته.

الدراسـة الثانيـة :

بعنوان : المدعى عليه وحقوقه في الشريعة الإسلامية

للباحث : عبد الرحمن بن عبد العزيز فالح العثمان. وهي رسالة لنيل درجة الدكتوراه من المعهد الأعلى للشريعة في جامعة الزيتونة بتونـس عام ١٤١٤هـ. (وهي دراسة غير منشورة).

وقد جعلها الباحث في تمهيد وثلاثة أبواب وخاتمة .

الباب الأول : المدعى عليه ، ويتضمن ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تعريف المدعى عليه والشروط الواجب توفرها فيه

وذكر فيه مبحثين :

المبحث الأول : تعريف المدعى عليه والفرق بينه وبين المدعي والفائـدة من هذا التفريق.

المبحث الثاني : الشروط الواجب توفرها في المدعى عليه.

الفصل الثاني : أقسام المدعى عليهم ، وذكر فيه مبحثين :

المبحث الأول : أقسام المدعى عليهم بصفة عامة

المبحث الثاني : أقسام المدعى عليهم بدعوى تهمة

الفصل الثالث : أحكام المدعى عليه .

الخاتمة وقد ذكر فيها عدد من النتائج أهم ما يتعلق بدراستنا منها :

١ـ أهمية معرفة المدعي من المدعى عليه لما لذلك من فوائد أثناء النظـر في الدعوى .

٢ـ ضرورة توافر الشروط التي حددها الفقهاء في المدعى عليه وهـي : الأهلية والصفة وأن يكون المدعى عليه معينا معلوما وأن يحضر المدعى عليـه مجلس القضاء عند الدعوى والحكم .

٣ـ جواز الحكم على الغائب إذا كان هناك ضرورة أو عذر يقتضي ذلك .

٤ـ للمتخاصمين الحق في الإستعانة بمحام .

ودعا في نهاية النتائج ببذل المزيد من البحث في هذا الموضوع المهم لكل من له اهتمام به .

وقد تطرق الباحث للمدعى عليه وشروطه وحقوقـه ، لكنـه أوجـز فـي الشروط ولم يتطرق للمقارنة بالنظم الحديثة .

الدراسـة الثالثة:

بعنوان : الدعوى بين الشريعة والقانون

للباحث : عبدالله عبدالرحمن المانع. وهي عبارة عن رسالة ماجستير تقـدم بها الباحث للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمـد بـن سـعود الإسـلامية بالرياض عام ١٣٩٢ـ ١٣٩٣هـ. (وهي دراسة غير منشورة).

وقد جعل الباحث دراسته في مقدمة وأربعة أبواب وخاتمة .

الباب الأول بعنوان: تعريف الدعوى وأركانها وشروطها وأنواعها

ويتضمن خمسة فصول:

الفصل الخامس بعنوان: المدعي والمدعى عليه والمدعى به، في فقرتين :

(أ) تعريف المدعي والمدعى عليه والفرق بينهما وأهميتـه وشـروطهما وأقسامهما.

(ب) المدعى به شروطه وأقسامه.

الباب الثاني بعنوان: من يكون خصماً ؟ وحكم الدعوى ودفعها وما يتعلـق به ، وجعله في أربعة فصول:

الفصل الأول في ثلاث فقرات :

(أ) من يكون خصماً ؟

(ب) الخصم في دعوى العين

(ج) قيام الحاضر خصماً عن الغائب.

الباب الثالث بعنوان: الوكالة في الدعوى

ويتضمن تمهيداً وثلاثة فصول:

الفصل الأول: أقسام الوكالة بالدعوى.

الفصل الثاني: أحكام الوكالة بالدعوى.

الفصل الثالث: النيابة العامة والمحاماة .

الباب الرابع بعنوان: مقارنة بعض اللوائح التنظيمية في إجراءات الدعوى.

الخاتمة: وقد خلص إلى عدد من النتائج أهمها:

(١) أن الفقه الإسلامي كان أدق وأجمع في تعريفه للدعوى مـن القـانون الوضعي.

(٢) في ركن وشروط الدعوى خلط القانون الوضعي بينهما ولم يميز لعدم تطبيق قواعد الأصول والمنطق في مباحثهم القانونية.

(٣) لم يأت القانونيون بجديد في مبحث النيابة العامة والمحاماة إن هـو إلا مبحث الوكالة بالخصومة عند فقهاء الشريعة .

وقد تطرق الباحث للشروط بشيء من الإيجاز مع التوسع قليلاً فـي بيـان الخصم دون المقارنة بالقانون .

الدراسـة الرابعـة :

بعنوان : الدعوى القضائية بين الشريعة والأنظمة الوضعية

الباحث : سليمان أحمد العليوي . وهي عبارة عن رسالة ماجستير تقدم بها الباحث للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالريـاض عام ١٣٩٨ـ١٣٩٩هـ . (وهي دراسة غير منشورة).

وقد جعل الباحث دراسته في باب تمهيدي وبابين آخرين وخاتمة .

الباب الأول في ماهية الدعوى وسببها

ويتضمن أربعة فصول:

الفصل الثاني: أركان الدعوى ،

ويتضمن أربعة مباحث:

المبحث الأول: تعريف المدعي والمدعى عليه .

المبحث الثاني: شروط المدعي والمدعى عليه .

الخاتمة: وقد انتهى إلى عدد من النتائج والإقتراحات ،

فمن النتائج :

(١) أهمية هذا الموضوع ولذا اهتم به الفقه الإسلامي وخصوصاً الحنفي .

(٢) لا يوجد قانون أو تنظيم إسلامي لعام المرافعات وما يطبق فـي الـبلاد العربية والإسلامية هو قانون المرافعات المصري المستمد من الغرب بمـا فيهـا مشروع نظام المرافعات السعودي .

(٣) لا يوجد في المملكة جهاز للنيابة العامة ولا يوجد نظام للمحامين .

وأما الإقتراحات :

فمنها مطالبته علماء الإسلام ومفكريه عمل نظام مرافعات إسلامي. وطالب بجهاز للنيابة العامة في المملكة ووضع نظام للمحامين.

وقد عرض الباحث للشروط دون توسع وكانت المقارنـة بـشكل مـوجز باستثناء مبحث القضاء على الغائب فقد توسع فيه قليلاً .

الدراسـة الخامسـة :

بعنوان : الدعوى في الفقه الإسلامي

للباحث : صالح عبدالله صالح الحميدي ، وهي عبارة عن رسالة ماجستير تقدم بها الباحث للمعهد العالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سـعود الإسـلامية بالرياض ، عام ١٤٠٧ـ١٤٠٨هـ. (وهي دراسة غير منشورة).

وقد جعل الباحث دراسته في مقدمة وفصلين وخاتمة .

الفصل الأول بعنوان: الدعوى قبل نظر القاضـي ، وفيـه ثلاثـة مباحث :

المبحث الثاني بعنوان: أركان الدعوى وشروط كل ركن ومكان الـدعوى وأنواع الدعاوى ، وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: أركان الدعوى وشروط كل ركن ومكان الدعوى

المبحث الثالث بعنوان: بيان أطراف الدعوى والتمييز بينهم والوكالـة بالـدعوى وفيه مطلبان :

المطلب الأول: بيان أطراف الدعوى والتمييز بينهم وفائدته

المطلب الثاني: الوكالة بالدعوى

الخاتمة : وضمنها عدداً من النتائج أهمها :

(١) أن أركان الدعوى أربعة مدعٍ ومدعى عليه ومدعى به وصيغة ولكـل منها شروط ومنها شرط الصفة وفي دعاوى الحسبة خلاف لا أثر له في الواقـع العملي .

(٢) أن دعوى الصبي المميز صحيحة في أموره التجارية دون الدعوى عليـه .

(٣) صحة التوكيل في الخصومة للطرفين ولو لم يرض الخصم .

(٤) أن الوكيل بالخصومة لا يملك الإقرار ولا الصلح .

(٥) يصح التوكيل بالخصومة واستثناء الإقرار .

(٦) الراجح القضاء على الغائب بشروط .

وقد عرض الباحث للشروط دون توسع ودون مقارنة بالقانون الوضعي .

وسوف تتميز دراستي عن الدراسات السابقة بعون الله ومشيئته بالإستقصاء لأقوال الفقهاء في المذاهب الفقهية المعتبرة في كل مسألة تعرض وعند وجود خلاف أو استثناءات متباينة فإني سأبين وجه كل قول ودليله أو تعليله ومن ثم أختار الرأي الراجح بدليله. لأن هذه المواطن مما يحتاج فيها إلى تحقيق القول وعدم التعويل على ما لا يصح من الأقوال عند الاختيار، مع بيان الأثر المترتب على هذه الشروط . وسأقوم بالمقابلة مع ما نصت عليه القوانين الوضعية مركزاً على قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري ونظام المرافعات الشرعية السعودي مع التطبيق على عشر قضايا على الأقل صادرة من المحاكم السعودية .

ثامناً : أهم مصطلحـات الدراســـة

١ ـ الدعـــوى

أ ـ في اللغـة: من دعا و"الدال، والعين، والحرف المعتل أصل واحد، وهو أن تُمِيل الشيء إليك بصوت، وكلام يكون مِنك. تقول: دعوتُ أدعو دعاء".[١]

ودعوى فلان كذا أي قوله، وادعيتُ الشيء تَمنيتُه وادعيتُه طلبته لنفسي وقد يتضمن معنى الإخبار فتدخل الباء جوازاً. يقال: فلان يدعِي بكرمِ فِعالِه؛ أي يخبِر بذلك عن نفسه .[٢]

والدعوى اسم لما يدعيه . والدعوى تصلح أن تكون في معنى الدعاء .[٣]

ب ـ في الفقه: تعددت تعاريف الفقهاء في المذاهب المعتبـرة للـدعوى وسأقتصر على أبرز وأهم تعريف .

وهو أن: "الدعوى قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيـره، أو دفعه عن حق نفسـه" .[٤]

ج ـ في القانون: "الدعوى حق إرادي مستقل عن الحق الموضوعي الذي تحميه". وحق الدعوى من الممكن أن يعتبر من الحقوق الوسـيلية، فهـو وسـيلة حماية الحق الموضوعي.[٥]

د ـ التعريف الإجرائي: وهو طلب حق مقبول عند القاضي.

---

١. ابن فارس ، أبو الحسين أحمد ، معجم مقاييس اللغة ، تحقيق وضبط : هارون ، عبد السلام محمـد (دار الجيـل ، بيروت ، الطبعة الأولى ١٤١١هـ)، (٢٧٩/٢).

2. الفيومي ، أحمد بن محمد بن علي ، المصباح المنير (مكتبة لبنان ،بدون طبعة ١٩٨٧م)، (٧٤) .

3. ابن منظور ، محمد بن مكرم ، لسان العرب (دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ)، (٢٥٧/١٤-٢٦٠)

4. ابن عابدين، علاء الدين أفندي محمد، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (دار الفكر، بيروت، الطبعـة الثانيـة ١٣٩٩هـ)، (٣٩٨/٧-٣٩٩)

5. عمر ، نبيل اسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الأولى ١٩٨٦م)، (٤٠٦).

٢ـ الخصومـة

أـ في اللغة: "الخَصم هو المنَازع يستوي فيه المذكر، والمؤنـث والجمـع لأنه في الأصل مصدر".[١]

ب_ في الفقه: الجواب بنعم أو لا.

وقيل: الدعوى الصحيحة، أو الجواب الصريح.[٢]

ج ـ في القانون: "هي الحالة القانونية التي تنـشأ برفـع الـدعوى إلـى القضاء".[٣]

دـ التعريف الإجرائي: هي المنازعة القضائية.

٣ـ الشـروط

أـ في اللغـة: "جمع شرط، ويجمع علـى أشـراط. والـشّرطُ العلامـة، وأشراط الشيء أوائله، ومنه شروط الصلاة، والشروط بين الناس".[٤]

ب_ في الفقه: "الشـرط اسم لما يضـاف الحكـم إليـه وجـوداً عنـده لا وجوباً به"[٥]. أو "ما لزم من انتفائه انتفاء أمر على غير جهة السببية".[٦]

ج ـ في القانون: هو أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليـه نـشوء الإلتزام وانقضاؤه .[٧]

د ـ التعريف الإجرائي: هو اسم لما يضـاف الحكـم إليـه وجـوداً عنـده لا وجوباً به.

---

١. الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح (مكتبة لبنان، بيروت، بدون طبعة ١٩٨٧م)، (٧٥) .

٢. ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعـة الطبعة الثانية. (١٤٤/٧).

٣. مسلم ، أحمد ، أصول المرافعات (دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى١٩٥٦م ، القاهرة)، (٣٧٥).

٤. ابن منظور، محمد بن مكرم ، لسان العرب (دار صادر ، بيروت ، الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ)، (٣٢٩/٧-٣٣٣)، الفيومي، المصباح المنير ، (١١٨) .

٥. السرخسي ، محمد بن أحمد ، أصول السرخسي، تحقيق الأفغاني ، أبو الوفا ، (دار المعرفة ، بيـروت ، لبنـان، بدون طبعة ١٣٧٢هـ)، (٣٠٣/٢).

٦. الطوفي ، سليمان بن عبد القوي ، شرح مختصر الروضة ، تحقيق: التركي ، عبدالله (وزارة الشئون الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ)، (٤٣٠/١) .

٧. كرم، عبدالواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون (دار المناهج، الأردن، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ)، (٢٤٣).

٤ـ المدعـي

أ ـ لغةً: اسم فاعل من الدعوى ، ومعناه المخاصم.[١]

ب_ في الفقه: من إذا تَرك الدعوى تُرك، أو من يتمسك بالأصل.[٢]

وسيكون هو والمدعى عليه محل دراسة تفصيلية في هذه الدراسة فيما يأتي

ج_ في القانون: شخص يتقدم بدعواه إلى القضاء ويـدلي بمطالبـه مـن خصمه ويرجو من المحكمة أن تحكم له بها عليه .[٣]

د ـ التعريف الإجرائي: هو من إذا ترك الدعوى تُرك.

٥ـ المدعـى عليه

أ ـ لغةً: اسم مفعول من الدعوى ، ومعناه في اللغة كما هو في الشرع .[٤]

ب_ في الفقه: من إذا تَرك الدعوى لم يترك، أو من يتمسك بالأصل.[٥]

ج ـ في القانون: شخص تقام عليه الدعوى من المدعي .[٦]

د ـ التعريف الإجرائي: هو من إذا ترك الدعوى لم يترك.

٦ـ الأهليـــة

أـ لغة: "تأتي بمعنى الاستحقاق، والجدارة، والكفاية، تقول: هو أَهلٌ لكـذا أي مستَحِقٌ له مستَوجِب للواحد والجمع".[٧]

ب_ في الفقه: صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعلـه محـلاً صـالحاً لخطاب تشريعي وهو الحكم الشرعي .[٨]

---

١. مصطفى، ابراهيم، وآخرون، المعجم الوسيط، (المكتبة الإسلامية،تركيا، الطبعة الثانية١٣٩٢هـ)، (٢٨٧). وانظر: عويس، عبدالحميد ، الدعوى وطرق الإثبات في الشريعة الإسلامية (دار الكتاب الجامعي، القاهرة ١٤٠٤هـ)، (٧)

٢. السرخسي ، المبسوط، (٢٩/١٧، ٣١). ابن الهمام ، فتح القدير، (١٤٤/٦-١٤٦). القرافي، الفروق، (٧٤/٤-٧٦).

٣. كرم ، معجم مصطلحات الشريعة والقانون ، (٣٦٨).

٤. مصطفى، المعجم الوسيط، (٢٨٧). وانظر: عويس، الدعوى وطرق الإثبات في الشريعة الإسلامية، (٧).

٥. السرخسي، المبسوط، (٢٩،٣١/١٧). ابن الهمام، فتح القدير، (١٤٤/٦-١٤٦). القرافي، الفروق، (٧٤/٤-٧٦).

٦. كرم ، معجم مصطلحات الشريعة والقانون ، (٣٦٨).

٧. الفيروزآبادي ، محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط (مؤسسة الرسالة ببيروت ، الطبعة السابعة١٤٢٤هـ)، (٩٦٣)

٨. الزرقا ، مصطفى ، المدخل الفقهي العام (دار الفكر دمشق ، الطبعة العاشرة ١٩٨٧م)، (٧٣٩/٢) ، أبـو حبيـب سعدي ، القاموس الفقهي (دار الفكر ، دمشق الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ)، (٢٩).

ج ـ في القانون: مركز قانوني ينشأ للفرد يخوله حقوقاً معينة .[١]

د_ التعريف الإجرائي: هي صفة يقدرها الشارع في الإنسان تجعله محـلاً صالحاً لخطاب تشريعي.

٧ـ الصفـــة

أـ لغـة : الحالة التي يكون عليها الشـيء من حِلْيته ونَعتِـه .[٢]

ب_ في الفقه : لم أقف على تعريف لها عند المتقدمين ، لكن عرفها بعض المعاصرين بقوله: هي حق يخول صاحبه الخصومة وإقامة الدعوى .[٣]

ج_ في القانون: هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز له المخاصمة عن موضوعها أو إبداء دفاع فيها .[٤]

د_ التعريف الإجرائي: هي حق يخول صاحبه الخصومة وإقامة الدعوى.

٨ ـ المصلحة

أـ لغةً: "من باب صلُح وهو خلاف الفساد ، وفي الأمر مصلحةٌ ، أي خير والجمع المصالح".[٥]

ب_ في الفقه: "جلب نفعٍ، أو دفع ضررٍ، وقيل: حصول الملائـم، وانـدفاع المنافي.[٦]

ج_ في القانون: "الفائدة العملية المشروعة التي يراد تحقيقها بالإلتجاء إلى القضاء".[٧]

د_ التعريف الإجرائي: هي الفائدة المشروعة التي يراد تحقيقها بالخصومة.

---

٩. معجم القانون، (مجمع اللغة العربية، القاهرة١٤٢٠هـ)، (٢١٧). كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، (٧٨).

١. ابن منظور ، لسان العرب ، ص(٣٥٦/٩). مصطفى ، إبراهيم وآخرون ، المعجم الوسيط (المكتبة الإسـلامية ، استنبول ، الطبعة الثانية ، ١٣٨٠هـ)، (١٠٣٧).

٢. شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، أبو البصل، عبد الناصر موسى (مكتبة دار الثقافة ١٩٩٩م)، (١٣٢).

٣. العشماوي، محمد، والعشماوي، عبدالوهاب، قواعد المرافعات في التـشريع المـصري المقـارن، (مكتبـة الآداب، الجماميز، مصر، الطبعة الأولى)، (٥٨٠/١).

٤. الفيومي ، المصباح المنير ، (١٣٢) .

5. شرح مختصر الروضة ، الطوفي ، (٢٠٤/٣) .

6. مسلم ،أصول المرافعات ، (٣١٨) .

تاسعاً: فصول الدراســة

وستكون الدراسة في فصل تمهيدي وسبعة فصول كالتالي :-

الفصل التمهيدي : الدعوى ،تعريفها وأركانها ومشروعيتها وأنواعها.

ويتضمن سـبعة مباحث :

المبحـ ـث الأول : تعريف الدعوى لغة وشـرعاً

المبحث الثانـ ـي : تعريف الـدعوى فـي القـوانين الوضـعية ونظـام المرافعات الشرعية

المبحث الثالـ ـث : تعريف الخصومة والفرق بينها وبين الدعوى

المبحث الرابـ ـع : أركان الدعوى وسببها

المبحث الخامـس : مشروعية الدعوى

المبحث السـادس : أنواع الدعـاوى

المبحث السـابـع : صـورة الدعـوى

الفصل الأول : أطراف الدعـ ـ ـ ـوى.

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحـ ـث الأول : المقصود بأطراف الدعوى وأهميته.

المبحث الثانـ ـي : حد المدعي والمدعى عليه

المبحث الثالـ ـث : الآثار المترتبة على التفريق بين المـدعي والمـدعى عليه .

الفصـل الثانـي : شرط الأهلـيـة في الدعوى

ويتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول :شرط الأهلية في الدعوى في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : شرط أهلية التداعي في القوانين الوضعيـة.

المبحث الثالث : شرط أهلية التداعي في نظام المرافعات الشرعية .

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على شرط الأهلية.

المبحث الخامس : أوجه المقارنة بـين الـشريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية .

الفصـل الثـالـث : شرط الصـفـة في الدعوى

ويتضمن أربعة مباحث :

المبحـث الأول : الصفة في المدعي

المبحث الثانـي : الصفة في المدعى عليه

المبحث الثالـث : الآثار المترتبة على شرط الصفة

المبحث الرابـع : أوجه المقارنة بـين الـشريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية .

الفصل الرابع : شرط المصلحة في الدعوى

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : شرط المصلحة في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : شرط المصلحة في القوانين الوضعية

المبحث الثالث : شرط المصلحة في نظام المرافعات الشرعية

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على شرط المصلحة

المبحث الخامس : أوجه المقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضـعية ونظام المرافعات الشرعية

الفصل الخامس : شرط حضـور المتداعـيين في الدعوى

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحـث الأول : شرط حضور المتداعيين في الشريعة الإسلامية

المبحـث الثانـي : شرط حضور المتداعيين في القوانين الوضعية

المبحـث الثالث : شرط حضور المتداعيين في نظام المرافعات الشرعية

المبحـث الرابع : الآثار المترتبة على شرط الحضور

المبحـث الخامس : أوجه المقارنة بين الـشريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية .

الفصل السادس : شرط تعيين المتداعيين في الدعوى

ويتضمن ستة مباحث :

المبحث الأول : شرط تعيين المدعي والمدعى عليه في الشريعة الإسلامية

المبحث الثاني : شرط تعيين المتداعيين في القوانين الوضعية

المبحث الثالث : شرط تعيين المتداعيين في نظام المرافعات الشرعية

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على شرط التعيين

المبحث الخامس : أوجه المقارنه بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية .

المبحث السادس : الإختصاص بنظر ثبوت الشروط من عدمه

الفصل السابع : الدراسة التطبيقية

الجانب العملي التطبيقي ويتم فيه تحليل عشر قضايا تتعلق بشروط أطراف الدعوى ومقارنتها بما توصلت إليه الدراسة في الجانب النظري والنظامي

الخاتمة

وتتضمن : النتائج والتوصيات.

الفهارس

ويتضمن :

فهرس المراجع والمصادر ، فهرس الموضوعات

الفصل التمهـيدي

الدعـوى

تعريفها ، وأركانها ، ومشروعيتها ، وأنواعها.

تمهيد وتقسيم:

إن دراسة شروط أطراف الدعوى تتطلب الوقوف علـى تعريـف الدعوى، وأركانها، ومشروعيتها، وأنواعها، وسأعرض ذلك بإيجاز فـي سبعة مباحث كالتالي:

المبحث الأول: تعريف الدعوى لغةً وشرعاً

المبحث الثاني: تعريف الدعوى في القـوانين الوضـعية ونظـام المرافعات الشرعية

المبحث الثالث: تعريف الخصومة والفرق بينها وبين الدعوى

المبحث الرابع: أركان الدعوى وسببها

المبحث الخامس: مشروعية الدعوى

المبحث السادس: أنواع الدعوى

المبحث السابع: صورة الدعوى

المبحث الأول

تعريف الدعـوى

هناك العديد من التعاريف المختلفة لكنني سأبدأ بالتعريف اللغوي لها:

الدعوى لغةً

قال ابن فارس[١]: "الدال، والعين، والحرف المعتل؛ أصل واحد، وهو أن تميل الشيء إليك بصوت وكلام يكون منك. قال الخليل[٢]: الإدعاء أن تدعي حقاً لك أو لغيرك. تقول: أدعي حقاً أو باطلاً."[٣]

"ودعوى فلان كذا أي قوله، وادعيت الشيء تمنيته، وادعيته طلبته لنفسي. والاسم الدعوى. ويقال: فلان يدعي بكرم فعاله أي يخبر بذلك عن نفسه."[٤]

"وجمع الدعوى دعاوي بكسر الواو وفتحها، وتداعى الناس على فلان تألبوا عليه، وتداعوا بالألقاب دعا بعضهم بعضاً بذلك".[٥]

قال ابن منظور[٦]: الدعوى اسم لما يدعيه، والدعوى تصلح أن تكـون فـي معنى الدعاء، وأما قوله تعالى:(وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين)[٧]. يعنـي

---

١. هو الإمام العلامة اللغوي المحدث أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا بن محمد بن حبيب القزوينـي، المعـروف بالرازي، المالكي اللغوي، صاحب كتاب المجمل، ومعجم مقاييس اللغة، كان رأساً في الأدب، بصيراً بفقه مالك، مناظراً متكلماً على طريقة أهل الحق، توفي رحمه الله سنة٣٩٥هـ. الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٢ / ٢١٩٢).

٢. هو الإمام صاحب العربية، ومنشئ علم العروض، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيـدي، البـصري، أحـد الأعلام، كان رأساً في لسان العرب، ديناً ورعاً متواضعاً، وكان مفرط الذكاء، وله كتاب العين في اللغة، ولد سنة مائة، وتوفي سنة بضع وستين ومائه، وقيل: بقي إلى السبعين. الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٢ / ١٦٣٦).

٣. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (٢٧٩/٢).

٤. الفيومي، مختار الصحاح، (٨٦). وانظر: الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات (مكتبة دار الباز، مكـة المكرمـة، ومكتبة دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٦هـ)، (١٠٤).

٥. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، (١٢٨٣). الفيومي، المصباح المنيـر، (٧٤). ابـن فارس، معجم مقاييس اللغة، (٢٧٩/٢-٢٨١).

٦. هو محمد بن مكرم بن علي، أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، صاحب لسان العرب، الإمـام اللغوي الحجة، ولد بمصر، وقيل: في طرابلس الغرب سنة٦٣٠هـ، وقد ولي القضاء بها، ثم عاد إلى مصر، وتوفي بها سنة ٧١١هـ. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، (دار الكتب الحديثـة، مصر، الطبعة الأولى)، (٣١/٥-٣٣).

٧. سورة يونس ، آية (١٠).

أن دعاء أهل الجنة تنزيه الله وتعظيمه، وهو قوله تعالى:(دعواهم فيها سبحانك اللهم)[1]. والدعوى هنا معناها الدعاء، والدعاء هو العبادة والرغبة إلى الله عز وجل.[2]

ويظهر فيما سبق من معانٍ أنها تدور في فلك الطلب بتعدد درجاته؛ سواء كان إلتماساً، أو تمنياً، أو رجاء، ولذلك تعدد الإستعمال الحقيقي، والمجازي.[3]

الدعوى شرعاً

المتأمل لتعريف الفقهاء للدعوى، يجد أنهم لم يذهبوا بعيداً عن التعريف اللغوي، إلا أنهم أضفوا عليها قيوداً، حتى يخرجوا بها عن العموم اللغوي، لأن فيه اتساعاً لا يناسب المقام، وفيما يلي سأعرض لأبرز تلك التعريفات، مع التعليق عليها واختيار التعريف الأنسب والأقرب.

عرف بعض الفقهاء الدعوى بأنها: "إضافة الشيء إلى نفسه"، لكن تباينت القيود المضافة لهذا التعريف، فبعضهم يضيف: "مع مساس حاجته إليه".[4] والبعض الأخر يقول: "إضافة الشيء إلى نفسه في حالة مخصوصة؛ وهي حالة المنازعة"[5]

ويقيد بعضهم هذه الإضافة بقوله: "إضافة الإنسان إلى نفسه استحقاق شيءٍ في يد غيره، أو في ذمته".[1]

---

١. سورة يونس ، آية (١٠).

٢. ابن منظور، لسان العرب، (٢٥٧/١٤-٢٦٠). ابن الأثير، مجدالدين المبارك بن محمد الجزيري، النهاية في غريب الحديث والأثر(دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية١٣٩٩هـ)، (١٢٠/٢).

٣. ياسين، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية، وقانون المرافعات المدنية والتجارية،(دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى١٤١٩هـ)، (٧٥). وانظر: مصطفى، إبراهيم، وآخرين، المعجم الوسيط،(المكتبة الإسلامية، استنبول١٣٩٢هـ، بدون طبعه)، (٢٨٦-٢٨٧).

٤. الطرابلسي، أبو الحسن علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام،(مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية١٣٩٣هـ)، (٥٣). ابن قطلوبغا، قاسم، موجبات الأحكام وواقعات الأيام، تحقيق، المعيني، محمد سعود،(وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق، بغداد ١٩٨٣م)، (١٠٧).

٥. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، (٧ /١٤٤). العمادي، حامد بن علي بن إبراهيم، القول الأقوى في تعريف الدعوى، تحقيق، الحجيلي، عبد الله بن محمد،(مجلة عالم المخطوطات والنوادر، المجلد الأول، العدد الأول، محرم، جمادي الآخرة ١٤١٧ هـ، الرياض، مكتبة الملك عبد العزيز العامة)، (٧٥).

ويذهب فريق منهم إلى تعريف الدعوى بأنها: "مطالبة حق في مجلس مـن له الخلاص عند ثبوته".[٢] وبتوسع عند بعضهم: "طلب معينٍ، أو ما في ذمة معينٍ، أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرةٌ شرعاً، لا تكذبها العادة".[٣]

ويذهب فريق ثالث إلى تعريف الدعوى بأنها: "قولٌ بحيث لو سلم أوجـب لقائله حقاً.[٤]" وبعبارة أدق عند بعضهم: هو قولٌ مقبولٌ عند القاضي يقصد به طلب حق قبل غيره، أو دفعه عن حق نفسه.[٥]

ويذهب فريق رابع من الفقهاء إلى تعريف الدعوى بأنهـا: "إخبـار عـن وجوب حقٍ على غيره عند حاكم ليلزمه به".[٦] وبتوسع عند بعضهم: "إخبار خصمٍ باستحقاق شيءٍ معينٍ، أو مجهولٍ؛ كوصيةٍ، وإقرارٍ عليه، أو عنده له، أو لموكله، أو توكيله، أو لله حسبةً، يطلب فيه عند حاكم".[٧]

المناقشة والإختيار

من عرفها بالإضافة، فيمكن معارضته بأنه تعريف غير مانع، فهو لا يفرق بين التعريف اللغوي، والشرعي، والإضافة تحصل بغير الدعوى.

وأما من عرفها بالمطالبة، فقد اعترض عليه، بأن المطالبة مـن شـرائط صحة الدعوى، فلا يستقيم تعريفها بها للمباينة. لكن أجيب عن ذلك، بأنه لا تنافي

---

٦. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المغني، (١٤ / ٢٧٥).

١. ابن الهمام، فتح القدير، (٧ / ١٤٣). القونوي، قاسم، أنيس الفقهاء، تحقيق، الكبيسي، أحمد،(دار الوفاء، جدة، الطبعـة الثانية ١٤٠٧هـ)، (٢٤٢). حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب، الحيسني، فهمي،(دار عالم الكتـب، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ)، (٤ / ١٧٣).

٢. القرافي، الفروق، (٤ / ٧٢). الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير، تحقيق وتعليق: معوض، علي محمد، وعبد الموجود، عادل أحمد،(دار الكتب العلميـة، بيـروت ١٤١٤هـ ـ، بـدون طبعـة)، (١٧ / ٢٩١). المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، (١٢٠/٢٩). مع اختلافات يسيرة. وانظر: البغلي. أبـو عبـد الله محمد، المطلع على أبواب المقنع،(المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠١هـ)، (٤٠٣).

٣. الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ضـبطه وخـرج آياتـه وأحاديثـه، عميرات، زكريا،(دار الكتب العلمية، بيروت)، (٧ /٥٠٢).

٤. ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٣٩٨/٧- ٣٩٩). وانظر: حيـدر، درر الحكـام شـرح مجلـة الأحكام، (١٧٣/٤).

٥. الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج، (١٠ / ٢٨٥). السقاف، ترشيح المستفيدين، (٤٠٨).

٦. المرداوي، الإنصاف، (٢٩ / ١٢٠).

في استقامة تعريف نفس الدعوى بها، فإن صحة الدعوى وصف لهـا، وتحقيـق الوصف مشروط بتحقيق الموصوف دائماً.[1]

وأما من عرفها بأنها قولٌ، فقد أورد عليه يمين الاسـتحقاق، فإنهـا قـولٌ مقبولٌ يقصد به طلب حقٍ قبل الغير. لكن أجيب بأنه خرج بالطلب، فإن المراد به طلب خاص، وهو ما كان بلفظ الدعوى ونحوه.[2]

وتعريف الدعوى لا يخرج عن التعريفات السابقة، ولعل أقرب تعريف لها هو بأنها: طلب حقٍ مقبولٌ عند القاضي.[3]

ولعل هذا التعريف، يجمع ما في تلك التعاريف السابقة، ويمنع دخول غير الدعوى فيه، فالطلب هنا يشمل القول، والكتابة، والإشارة، والأصل في الـدعوى هو القول؛ لكن يجوز المصير للكتابة، والإشارة.

والحق هنا بمعناه الأعم؛ بحيث يشمل الوجودي، والعـدمي، فتـدخل هنـا دعوى عدم التعرض.

والمقبول هنا قيد تخرج به كل دعوى لم تستكمل شرائط الصحة. وقيـدت عند القاضي، حتى تخرج عن الدعوى بالمعنى اللغوي.

وسواء باشـرها بنفسه، أو عن طريق نائب، أو وكيل، فالكل جـائز، ولا حاجة للنص عليه؛ لأن غالب الدعاوي يباشرها أصحابها، والوكالة، والنيابة جائزةٌ فيها في الجملة.

العلاقة بين المعنى الشرعي والمعنى اللغوي

العلاقة واضحة فتعدد المعاني الشرعية كانت نتيجة طبيعية لتعدد المعـاني اللغوية، فالدعوى مطالبة لكنها مخصوصة عند القاضي، وهي إخبار وقول بما له من استحقاق على غيره يضيفه إلى نفسه أو من ناب عنه، ويفترق المعنى الشرعي عن المعنى اللغوي بتقييده للإطلاق اللغوي حيث خصها بما يكون أمام القاضي.

---

١. ابن الهمام، فتح القدير، (٧ / ١٤٣).

٢. ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، (٧ / ٣٩٩).

٣. انظر: القاسم، عبد الرحمن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي،(الناشر المؤلـف، الطبعـة الأولـى ١٣٩٣هـ ـ)، (٢٦٢- ٢٦٣).

المبحث الثاني

الدعوى في القانون الوضعي

لم يتفق شراح القوانين الوضعية على تعريف محدد للدعوى، حتى قيل: إنه يوجد من نظريات الدعوى بقدر عدد الكتاب الذين تناولوها[١].

ولن أطيل باستعراض كافة تلك التعريفات، والتعليق عليها؛ لكن سأذكر هنا ما يعطي صورة موجزة، وشاملة حول هذا المصطلح.

عرف بعضهم الدعوى بأنها: "حق إرادي مستقل عن الحـق الموضـوعي الذي تحميه". وهو وسيلة لحماية الحق الموضوعي.[٢]

وعرفها البعض بأنها إدعاء قانوني، والإدعاء القانوني هو: "تأكيد شـخص لحقه، أو مركزه القانوني، قبل شخص آخر، بناء على واقعة أساسية معينة.[٣]

ويرى البعض أن الفقه القديم والحديث يتجه إلى كونها: سلطة الإلتجاء إلى القضاء، للحصول على تقرير حق، أو لحمايته.[٤]

بينما يذهب فريق ثالث إلى تعريف الدعوى بأنها: الحق الذي تحميـه فـي إحدى حالاته. أو بعبارة أخرى : هي ذات الحق متحركاً إلى القضاء فهـو يبقـى هادئاً إذا لم ينازع فيه وإنما ينشط إذا ما أنكر أو أعتدي عليه.[٥]

وهناك من يرى التفريق بين تعريف الدعوى في المرافعات، وبين تعريفها في القانون المدني، وسائر القوانين الوضعية، فهي في المرافعات وسيلة تحريـك الجهاز القضائي، إلا أنها في القانون المدني، وسائر القوانين الوضـعية؛ وسـيلة تقرير الحقوق، وحمايتها، واقتضائها.[٦]

---

١. والي، فتحي، قانون القضاء المدني،(دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م)، (٩٠- ٩١). وانظـر: فهمـي، وجـدي راغب، مبادئ القضاء المدني(قانون المرافعات)، (دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م)، (٧٦) مع الهامش.

٢. عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٤٠٦).

٣. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٧٦- ٧٧).

٤. أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، (منشأة المعارف، الإسـكندرية، الطبعـة الثالثـة عـشرة، ١٩٨٠م)، (١٠٢- ١٠٦).

٥. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية. (١٠٥).

٦. مسلم، أصول المرافعات، (٣١٠).

ويرى البعض أنه برغم تلك الإختلافات، فالثابت كقاسم مشترك لدى جميع الفقهاء (القانونيين) هو أن الدعوى تستقل عن الحق الذي تحميه، فالدعوى قد تكون وسيلة قانونية لحماية الحق، أو هي الأداة التي حددها القانون لحماية الحقـوق، أو هي حق صاحب الحق في حماية حقه، إذا ما أعتدي عليـه، أو تعـرض لخطـر الإعتداء عليه، أو هي أحد الحقوق الإرادية، التي إن استعملها صاحبها، فإن هـذا الإستعمال يلزم المدعى عليه بالرد، واتخاذ ما يجب مـن إجـراءات لنفـي هـذه الدعوى.[1]

والرأي السابق يجسد رأي الفقه (القانوني) الحديث في أن الدعوى مـستقلة عن الحق الموضوعي فهي ليست ذات الحق الموضوعي كما أنها ليست عنـصراً من عناصره كما يراه الفقه التقليدي صاحب نظرية التوحيد .

فالدعوى توجد بغير ثبوت وجود حق موضوعي، كما في الدعوى بطلـب اتخاذ إجراء وقتي، أو احتياطي. والحق الموضوعي يوجد بغير حـق الـدعوى، ومثاله الملكية، إذا لم يعكر أحد ملكية المالك، أو ينازعه فيه. والدعوى تختلف في سببها عن الحق الموضوعي ، فسبب حق الدعوى، ينشأ عن الإعتداء على الحق، أو النزاع بين الخصوم حوله، بينما سبب الحق الموضوعي هو الواقعة القانونيـة المنشئة له؛ كالعقد والفعل الضار. وتختلف أيضاً من حيث المضمون، فمـضمون الدعوى الحصول على حكم فيها، أما مضمون الحق فيختلف باختلاف نوعه، فحق الملكية يخول المالك حق التصرف فيه. وتختلف أيضاً من حيث الإنقضاء، فأسباب انقضاء الدعوى لا تؤدي إلى انقضاء الحق؛ كالصلح والحكم في الموضوع.[2]

لكن يظهر أن هذا التوجه في الفقه (القانوني) الحديث لا يفـرق بـين ذات الدعوى، وبين حق الدعوى، فيرون أن الدعوى عبارة عن إدعاء قـانوني لـدى

---

١. عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة العربيـة الـسعودية، (منـشأة المعـارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م)، (٢٩٥).

٢. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٨٤ـ٨٥). إبراهيم، محمد محمود، الوجيز في المرافعات، (دار الفكر العربـي، سـنة ١٩٨٣م)، (٦٠٧- ٦٠٨). أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، (١٠٥- ١٠٦). القضاة، مفلـح عـواد، أصـول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، (مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى)، (١٦٨، ١٧١ـ١٧٢).

القضاء، والقانون يعتد بهذا الإدعاء ويرتب عليه نتائج قانونية، ويعبر الفقـه عـن حكم القانون في هذا الإدعاء بحق الدعوى.[1]

والحق أن هناك فرقاً كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين لأن الدعوى شيء، وحق الإنسان بالقيام بها شيء آخر، فالأول هو التصرف، والثاني كونه تـصرفاً مباحاً لكل إنسان. والإباحة هنا حكم تكليفي مما لا يمكن معه تعريف التصرف به، أو إطلاق الدعوى على حكمها، وإنما تكون الدعوى تصرفاً شـرعياً أو قانونيـاً حكمها الإباحة.[2] ومما يؤيد التفريق بينهما، هو ما إذا كان رافع الدعوى هو غيـر صاحب الحق الذي يدعيه، فهنا يرون أن المدعي لم يباشر دعواه، وإنمـا باشـر مجرد حقه في الإلتجاء إلى القضاء.[3]

الدعـوى في نظام المرافعات الشرعـية السعودي

لم يتطرق نظام المرافعات الشرعية الجديد لتعريف الدعوى، ومن قبله نظام القضاء[4] الصادر سنة ١٣٩٥هـ، ونظام تركيز مـسؤوليات القـضاء الـشرعي[5] الصادر سنة ١٣٧٢هـ، ونظام تنظيم الأعمال الإدارية فـي الـدوائر الـشرعية[6] الصادرة سنة ١٣٧٢هـ.

ولعل هذا كما قيل يفيد أن المنظم لم يرد الدخول في متاهـات التعريفـات النظامية أو اعتقاداً منه بأن هذه المسألة تغلب عليها الصفة الفقهية .[7]

وأرى كما ذهب إلى ذلك البعض، أنه كان من الأولـى بـالمنظم تعريـف الدعوى؛ خصوصاً أن اختلاف فقهاء الشريعة في تعريف الدعوى يمكـن الجمـع بينه، وتقريب وجهات النظر فيه.[8]

---

١. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٨٣).

٢. ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية ، (٨٦-٨٧).

٣. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٠٩).

٤. الصدر بالمرسوم الملكي رقم م/٦٤ في ١٣٩٥/٧/١٤هـ، بناء علـى قـرار مجلـس الـوزراء رقـم ٨٢٤ فـي ١٣٩٥/٧/٥هـ.

٥. الصادر بالأمر الملكي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ.

٦. الصادر بالأمر الملكي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ. وقد ألغي بنص نظام المرافعات الشرعية الجديد.

٧. عمر، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة، (٢٩٣). القضاة، أصول المحاكمات المدنية، (١٦٤).

٨. القاسم، النظام القضائي الإسلامي، (٢٦٤).

المبحث الثالث

تعريف الخصومة والفرق بينها وبين الدعوى

الخصـومة

لغـةً: قال ابن فارس: "الخاء، والصاد، والميم، أصلان: أحدهما المنازعة، والثاني جانب وعاء، فالأول الخصم الذي يخاصم، والذكر، والأنثى فيـه سـواء، والخصام: مصدر خاصمتُه مخاصمةً، وخصاماً، وقد يجمع الجمع على خصوم.[١]

وأصلُ المخاصمةِ أن يتعلقَ كل واحدٍ بخُصمِ الآخر؛ أي جانبه، وأن يجذب كل واحدٍ خُصم الجوالق من جانب.[٢]

في اصطلاح فقهاء الشريعة

عرفها بعضهم بإيجاز بقوله: هي الجواب بنعم أو لا.

وقيل: هي الدعوى الصحيحة، أو الجواب الصريح.[٣]

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى تعريفها بقوله: هي قـولٌ مقبـولٌ عنـد القاضي يقصد به طلب حقٍ قبل غيره، أو دفع الخصم عن حق نفسه.[٤] وهو عينه تعريف فقهاء الحنفية للدعوى كما سبق، وعلى ضوء هذا التعريف يمكن القول بأنه لا فرق بين الدعوى والخصومة عند فقهاء الشريعة، وهو ما لم أجد النص علـى خلافه.

في الاصطلاح القانوني الوضعي

قيل: "هي الحالة القانونية التي تنشأ برفع الدعوى إلى القضاء".[٥] وقيل: "هي مجموعة الأعمال الإجرائية التي يقـوم بهـا القاضـي، وأعوانـه، والخـصوم، وممثلوهم، وأحياناً الغير، والتي ترمي إلى إصدار حكم يحقق الحماية القضائية.[٦]

---

١. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (١٨٧/٢).

٢. الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: كيلاني، محمـد سـيد، (دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى) ، (١٤٩).

٣. ابن نجيم، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، (١٤٤/٧).

٤. العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، (الناشر : المؤلف)، (١٣٤).

٥. مسلم، أصول المرافعات، (٣٧٥).

٦. والي، قانون القضاء المدني، (١٠٦). وانظر: أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٠٧).

الفرق بين الخصومة والدعوى :

لم أجد شيئاً بهذا الخصوص عند فقهاء الشريعة كما سبق الإشارة إليه، لـذا سيقتصر الحديث هنا على ما ذكره بعض شراح القانون الوضعي ولعل أهمها:

١ـ أن شروط قبول الدعوى تختلف عن شروط قبول الخصومة .

٢ـ أن الدعوى تستند دائماً إلى حق، أما الخصومة فهي تقوم بمجرد اتخاذ الإجراءات الشكلية التي يتطلبها القانون، من غير التفات إلى توافر حق لرافعها.

٣ـ أن انقضاء الخصومة لأي سـبب مـن الأسـباب دون الفـصل فـي موضوعها، لا يؤثر على حق رافع الدعوى، إلا إذا سقط ذلك الحق بالتقادم. وهذا الإنقضاء لا يمنع من تجديد المطالبة القضائية، أما انقضاء الدعوى فهـو يـؤدي ضمناً إلى زوال أصل الحق المدعى به.[١]

ومما سبق يتبين أن الدعوى هي موضوع الخصومة؛ بينما تكون الخصومة هي الوسيلة، أو الوسيط الإجرائي، الذي يعيش بداخله مشروع الحكـم القـضائي الذي سوف يصدر في الدعوى القضائية، محدداً بصفة نهائية المراكـز القانونيـة للخصوم.[٢]

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٠٧- ١٠٨). والي، قانون القضاء المدني، (١٠٦-١٠٧).

٢. فهمي، مبادئي القضاء المدني، (٨٢). عمر، أصول المرافعات الشرعية وعلم القضاء في المملكة، (٣٠٠).

المبحث الرابع

أركـان الدعـوى

الأركان جمع ركن، وهو في اللغة: يدل على القوة فركن الـشيء جانبـه الأقوى، وهو يأوي إلى ركنٍ شديدٍ؛ أي عزٍ ومنعةٍ.[١]

وفي اصطلاح الفقهاء: "هو ما يقوم به ذلك الشيء؛ من التقـوم، إذ قـوام الشيء بركنه، لا من القيام. وقيل: ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه، بخلاف شرطه، وهو خارج عنه.[٢]

أركان الدعوى عند الفقهاء

وهي مما حصل خلاف الفقهاء في تحديد عدده، فحيث يذهب أغلب الحنفية إلى أن الدعوى ليس لها إلا ركن واحد، وهو القول المقبول الـذي يـصدر عـن الإنسان في مجلس القضاء يقصد به طلب حق له أو لمن يمثله.[٣]

يذهب البعض الآخر منهم إلى تقسيم هذا الركن إلى ثلاثة أركان، فـالقول المقبول عندهم ركن، وإضافة الحق ركن آخر، وكونها عند القاضي ركن ثالث.[٤]

أما الجمهور فلم أقف على نص، أو تصريح عندهم بعدد معـين لأركـان الدعوى، أو تقسيم أو كلام عن الأركان. وإنما وجدت بعض المعاصرين يذكرون هذه الأركان وينسبون القول بها للجمهور؛ كأنهم سبروا توجه الجمهور في النظر للدعوى، وما يتبعها، فاستخرجوا هذا الرأي منه، فهم يرون أن أركان الدعوى عند الجمهور ثلاثة: مدعٍ، ومدعى عليه، ومدعى به.[٥]

---

١. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (٤٣٠/٢).

٢. الجرجاني، التعريفات، (١١٢).

٣. الكاساني، علاء الدين أبو بكر، بدائع الصنائع،(دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ ـ)، (٦-٢٢٢). ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٤٠٣/٧).

٤. ابن الغرس، أبو اليسر محمد بن محمد، الفواكه البدرية،(مطبعة النيل، مصر)، مطبوع مع شرحه المجـاني الزهريـة للجارم، (٨٨).

٥. عليان، شوكت، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية،(الدار العربية دار الرشيد، الرياض، ١٤٠٠هـ ـ، بدون طبعة)، (١٣). واصل، نصر فريد محمد، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسـلامي،(دار النهـضة العربيـة، مصر١٣٩٩هـ)، (٨-٩).

وهناك من يجعل القاضي رابعاً. وهناك من يضيف القول الذي يقصد بـه طلب حق لنفسه، أو لمن يمثله.[1]

وبعض المعاصرين من الحنفية يحصر الركن في القول كما سبق، ويجعل المدعي، والمدعى عليه، والمدعى، والدعوى؛ أطراف للدعوى، بحيث تـستلزمها الدعوى، ولا تتصور بدونها.[2] والتعليل؛ أن المدعي، والمدعي عليـه، ومجلـس القضاء، ليست داخلة في الماهية كالعاقدين، والمعقود عليه في العقد؛ إذ ركن العقد الإيجاب، والقبول، وهذه الأمور من مستلزمات العقد، وليست داخلة في الماهية.[3]

ويعلل للجمهور بأنه لما اشترط للدعوى شروطاً تترتـب عليهـا صـحة الدعوى، ووجوب الجواب على المدعى عليه عقبها، وسـماع بينـة المـدعي إذا أنكرها المدعى عليه، ووجوب اليمين على المدعى عليه إذا عجز المـدعي عـن إثبات دعواه، وطلب تحليفه، ووجوب الحكم بالمدعى على المدعى عليه إذا نكـل عن اليمين، وهذا ما يستلزم مدعٍ، ومدعى عليه، ومدعى به، لذا فأركانها ثلاثـة، ولابد من بيان كل واحد من هذه الأركان؛ لأنه لا وجود لها إلا به، فكل واحد من الثلاثة جزء من الماهية .[4]

ومما يقال في هذا أيضاً أنه مادام أن الدعوى في لسان الـشرع، وعرفـه عبارةٌ عن إخبارٍ، أو طلبٍ مقبول بحقٍ عند من يصح حكمه، فإن هذا الإخبار هو الإدعاء، وهذا الإدعاء يحتاج إلى مدعٍ، وهذا المدعي يرفع دعواه، أو قوله علـى حقٍ، أو شخصٍ وهما: المدعى، والمدعى عليه.[5]

---

١. الطريفي، ناصر عقيل، المرافعات الشرعية،(الطبعة الأولى ١٤٠٥هـ، بدون بيانات ناشر)، (٥٩). الدرعان، عبدالله عبدالعزيز، القواعد الإجرائية في المرافعات الشرعية،(مكتبة التوبة، الرياض، الطبعـة الأولـى١٤١٣هـ ـ/١٩٩٣م)، (٣٥). الموسوعة الفقهية الكويتية، (وزارة الأوقاف والشئون الإسـلامية بالكويـت، الطبعـة الثانيـة، ١٤٠٤هـ ـ)، (٢٧٢/٢٠).

٢. قراعة، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، (٤ـ٥).

٣. أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٢١- ١٢٢).

٤. عليان، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية، (١٣).

٥. واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، (٨-٩).

وعلى كلٍ، فأكبر الظن عندي، أنه يمكن موافقة البعض، في عـدم وجـود فرق جوهري بين القولين السابقين، لأنهم جميعاً متفقون على أنـه لابـد لتـوافر الدعوى من مدع ومدعى عليه ومدعى به وصيغة.[1]

أركان الدعوى في القانون الوضعي

نص البعض منهم على أن أركان الدعوى هي؛ المدعي، والمدعي عليـه، والمدعي به، وهذه الأركان لا تنهض الدعوى بدونها.[2]

والبعض منهم يدخل هذه الثلاثة في عناصر الدعوى المكونة لها ويـضيف لها عنصر سبب الدعوى.[3]

ويذهب بعض الباحثين إلى استخلاص ركن الدعوى من تعريف الـشراح للدعوى؛ فمن اعتبرها عين الحق الذي تحميه، كان ركنهـا ذلـك الحـق، ومـن اعتبرها عنصراً من عناصر الحق، وهو عنصر الحماية القانونية للمصلحة، كانت تلك الحماية المعلنة، هي ركن الدعوى، ومن اعتبرها حقاً يخول الإنسان اللجـوء للقضاء، للمطالبة بحقه، كانت تلك المكنة، هي ركن الدعوى، ومن اعتبرها حقـاً مستقلاً عن الحق الموضوعي، كان ركن الدعوى هنا، هو مكنـة الإنـسان فـي الحصول على حكم في الموضوع لصالحه، وأما من عرفهـا بالمطالبـة، فـركن الدعوى عندهم هو المطالبة.[4]

---

١. واصل، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، (٩).

٢. مسلم، أصول المرافعات، (٣١٣).

٣. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٧٧).

٤. ياسين، نظرية الدعوى، (١٧٣- ١٧٤).

سبب الدعوى

في الشريعة الإسلامية

يرجع الفقهاء ذلك لأن الدعوى يراد بها تحصيل الحقوق، وهـذه الحقـوق يترتب عليها بقاء النوع الإنساني، أو شخص الطالب، ممن تعدى عليها. فالنكـاح وما يتعلق به، يترتب عليه بقاء النوع الإنساني، والأموال بجميع أنواعهـا، ومـا يرتبط بها، يترتب عليه بقاء الشخص.[1]

في القوانين الوضعية

سبب الدعوى هو: "مجموعة الوقائع القانونية المنتجة التـي يتمـسك بهـا المدعي كسبب لدعواه". وهي عبارة عن السبب المنشئ، أو المـصدر القـانوني المدعى للحق. وهكذا فإن سبب دعوى المستأجر بتسليم العين المؤجرة؛ هو عقـد الإيجار.

فلا يقصد بسبب الدعوى إذاً النص القانونـي، أو القاعـدة القانـونيـة التي يستند إليها المدعي في دعـواه، وإنما يقـصـد الـوقائـع القانـونـية المنتـجة، التي يتمسك بها المدعي كسبب لدعواه، بصرف النـظر عن التكييـف القانوني لهذه الوقائع.[2]

---

١. ابن الهمام ، فتح القدير، (١٤٣/٧) . العمادي ، القول الأقوي في تعريف الـدعوى ، (٧٦) . قراءـة ، الأصـول القضائية، (٤).

٢. فهي، مبادئ القضاء المدني، (٨٠).

المبحث الخامس

مشروعية الدعوى

لما كانت الدعوى في حقيقتها إخباراً يقصد به طلب حق أمام القضاء، وهي تحتمل الصدق، والكذب، فمن البديهي أن تكون محرمة إذا كانت دعوى كاذبة، وكان المدعي يعلم ذلك، أو يغلب على ظنه.

أما إذا كان يغلب على ظنه أنه محق في دعواه، فهي عندئذٍ تصرف مباح؛ إلا إذا قصد بها الضرار، فتحرم؛ كما لو أراد التشهير بمدينه المقر.[١]

والدعوى مشروعة بالكتاب، والسنة، وإجماع الأمة، والمعنى المعقول.[٢]

قال تعالى: {وإذا دعوآ إِلَى اللهِ ورسولِهِ لِيحكُم بينَهم إِذَا فَرِيقٌ مِنْهم معرضون}.[٣]

قال القرطبي (رحمه الله تعالى):[٤] هذه الآية دليل على وجوب إجابة الداعي إلى الحاكم، لأن الله سبحانه ذم من دعي إلى رسوله ليحكم بينه، وبين خصمه بأقبح الذم، فقال: {أَفِي قُلُوبِهِم مرض}.[٥] [٦]

وقال تعالى: {وءآتَينَاه الحِكْمةَ وفَصلَ الْخِطَابِ}.[٧]

---

١. وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٢٧١/٢٠).

٢. الدمياطي، أبو بكر عثمان بن محمد، حاشية إعانة الطالبين، ضبطه وصححه، هاشم، محمد سالم، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ)، (٤٠٩/٤). أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٢٢).

٣. سورة النور، آية رقم(٤٨).

٤. هو الإمام العلامة المفسر صاحب التصانيف، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري القرطبي المالكي، عمل التفسير الكبير، وتعب عليه، وحشاه بكل فريدة، وألف كتاب الأسنى في الأسماء الحسنى، توفي رحمه الله سنة ٦٧٠هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٣/ ٣٢١٧).

٥. سورة النور، آية رقم(٥٠).

٦. القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، (دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٣هـ، بدون طبعه)، (١٩٣/١٢- ١٩٤).

٧. سورة ص. آية رقم(٢٠).

قال ابن الجوزي (رحمه الله تعالى)[1]: تكليف المدعي البينة، والمدعي عليه اليمين. قاله شريح[2]، وقتادة[3]، وهو قول الحسن[4]، لأن الخصومة إنما تنفصل بهذا.[5]

وأما السنة فعن أم سلمة (رضي الله عنها) أن رسول الله (ρ) قال: (إنكم تختصمون إلي، ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض، فمن قضيت له بحق أخيه شيئاً بقوله، فإنما أقطع له قطعة من النار). متفق عليه، واللفظ للبخاري.[6]

وعن ابن عباس (رضي الله عنهما) أن رسول الله (ρ) قال: (لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس؛ دماء رجال، وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه). متفق عليه، واللفظ لمسلم.[7]

وفي رواية عنه: (البينة على من ادعى، واليمين على من أنكر) .[8]

---

١. هو أبو الفرج، ابن الجوزي، الشيخ العلامة الحافظ المفسر، جمال الدين عبدالرحمن بن فرج بن علي بن محمد بن علي بن عبيدالله، ينتهي نسبه إلى الخليفة أبو بكر الصديق رضي الله عنه، فهو قرشي من بني تيم، ثم البغدادي الحنبلي الواعظ، صاحب التصانيف، ولد سنة ٥٠٩هـ، وتوفي سنة ٥٩٧هـ، من تصانيفه زاد المسير. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٢١٩٢/٢).

٢. هو شريح بن هانئ، أبو المقدم الحارثي المذحجي الكوفي، الفقيه الصالح، صاحب علي رضي الله عنه، حدث عن أبيه، وعلي، وعمرن وعائشة، وسعد بن أبي وقاص، وأبي هريرة، عاش مائة وعشرين سنة، توفي سنة٩٨هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (١٩٧٤/٢).

٣. هو قتادة بن دعامة بن قتادة بن عزيز، وقيل: قتادة بن دعامة بن عكابة، حافظ العصر، قدوة المفسرين، والمحدثين، أبوالخطاب السدوسي، الضرير الأكمه، وكان من أوعية العلم، وممن يضرب به المثل في قوة الحفظ، توفي سنة ١١٨هـ، وكان مولده سنة ستين. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٣٠٨٢/٢).

٤. هو الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد مولى زيد بن ثابت الأنصاري، ويقال مولى أبي اليسر كعب بن عمرو السلمي، كان سيد أهل زمانه علماً، وعملاً، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (١٤٥٦/١).

٥. ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي، زاد المسير، (المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ)، (١١٢/٧).

٦. صحيح البخاري، كتاب الشهادات، باب من أقام البينة بعد اليمين، برقم (٢٦٨٠)، (٥١٠). وصحيح مسلم، كتاب الأقضية، باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة، برقم(١٧١٣)، (٩٤٢).

٧. سبق تخريجه، انظر فيما تقدم: (٢).

٨. رواها الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى في الجامع الصحيح برقم(١٣٤١)، (٦٢٦/٣) وقال: هذا حديث في إسناده مقال، ومحمد بن عبد الله العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه. ورواها البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، في السنن الكبرى، (١٢٣/٨)، و (٢٥٢/١٠- ٢٥٤) وقال: اليمين على المدعى عليه على هذا رواية الجماعة. ثم ساق الرواية السابقة ثم قال: روينا حديث البينة على المدعي، واليمين على المدعي عليه من أوجه أخر كلها ضعيفة. وقد أعل ابن التركماني، علاء الدين بن علي، الرواية السابقة بضعف الزنجي ومخالفة عبد الرزاق

وأما الإجماع

فقد قيل بانعقاد إجماع الأمة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلـى يومنا هذا على مشروعية الدعوى، وأن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه.[1]

وأما المعقول

فذلك يعود لضرورتها، والحاجة إليها في الفصل في الخصومات، وقطـع المنازعات، وحسماً لمادة الفساد.[2]

وحجاج وقتادة حيث رووه مرسلاً، واختلف فيه عليه أيضاً فروي عنه من مسند أبي هريرة رضي الله عنـه، الجـوهر النقي بذيل السنن الكبرى للبيهقي، (١٢٣/٨-١٢٤). ورواها أيضاً الدار قطني، علي بـن عمـر، فـي سـننه بأرقـام (٣١٦٥ـ٣١٦٧ـ٤٤٦١ـ٤٤٦٧)، (٨٧/٣-٨٨)، و (١٣٩/٤ـ١٤٠) وبعض طرقه يرد عليها ما يرد على روايـات البيهقي. ورواه البغوي، الحسين بن مسعود، في شرح السنة، (١٠١/١٠) وصححه. وقد أعل هذه الروايـة الزيلعـي، جمال الدين أبو عبد الله بن يوسف فقال: ومسلم بن خالد (قلت: هو الزنجي) تكلم فيه غير واحد من الأئمة وقد اختلـف عليه فيه، نصب الراية، (٩٦/٤). وممن أعل جميع طرق تلك الرواية أيضاً الحافظ ابن رجب في جامع العلوم والحكم، (٢٢٦/٢). لكن حسن النووي هذه الرواية، الأربعين النووية حديث رقم(٣٣). وأما الحافظ علي بن حجر فله فيها ثلاثة أقوال: فقد ضعفها في التلخيص الحبير، (٣٨٢/٤) وحسنها في فتح الباري بشرح صحيح البخـاري، (٣٤٨/٥). بينمـا صححها في بلوغ المرام، الحديث رقم(١٣٠٩)، (٣٠١). وصحح هذه الرواية أيضاً الألباني، محمد ناصر الدين وذلـك من طريق عثمان بن الأسود عن ابن عباس ومن طريق مجاهد عن ابن عمر وأعلّ باقي الطرق وضـعفها فـي إرواء الغليل، (٢٦٤/٨- ٢٦٧).

١. العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، (دار الفكـر، بيـروت، الطبعـة الأولـى١٤٠١هـ ـ)، (٣٨٦/٧ـ ٣٨٧). الأسيوطي، محمد بن أحمد المنهاجي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود ، (مطبعـة السن المحمدية ، الطبعة الثانية١٣٧٤هـ)، (٥٠١/٢). ابن المنذر، أبو بكر محمد إبراهيم، الإجماع، تحقيـق ودراسـة، أحمد، فؤاد عبدالمنعم، (دار المسلم، الرياض، الطبعة الأولى١٤٢٥هـ،٢٠٠٤م)، (٦٥). ابن حزم، أبومحمد علي بـن أحمد، مراتب الإجماع، (دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٢هـ)، (٥٧).

٢. السرخسي، المبسوط، (٢٨/١٧). الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، (دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة١٤٠٩هـ)، (٥١٣/٦). وانظر: أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات، (١٢٢- ١٢٣).

المبحث السادس

أنواع الدعاوى

في الشريعة الإسلامية:

تتنوع الدعوى باعتبارات عديدة يمكن إيجاز الحديث عنها في النقاط التالية:

الدعوى باعتبار صحتها من عدمه:

فالدعوى إما صحيحة، وإما فاسدة، فالصحيحة: هي ما تتعلق بها أحكامها، من تكليف الخصم بالحضور، وأن يكون المدعى به شيئاً معلوماً معيناً، وأن يتعلق بها حكم على المطلوب منه بعد المطالبة بالجواب، واليمين إذا أنكر، ويمكن إثبات هذه الدعوى بالبينة.[1]

وأما الفاسدة: فهي ما لا تتعلق بها الأحكام السابقة، وتكون بأحد معنيين:

أحدها: أن لا تكون ملزمةً لخصم شيئاً، وإنما تثبت. والثاني: أن يكون مجهولاً في نفسه، فالمجهول لا يمكن إثباته بالبينة، ولا بنكول المدعى عليه.

وهذا يعني أنها صحيحة الأصل، لكن لم تشرع بوصفها، ومن الممكن تصحيحها؛ كبيان المجهول فيما سبق، حتى يتم الحكم به عندما يثبت.[2]

ويرى بعض الحنفية نوعاً آخراً بهذا الاعتبار، وهو الدعوى الباطلة، وهي دعوى غير صحيحة أصلاً، وغير قابلة للتصحيح، ولا يترتب عليها أحكام حتى ولو ثبتت، كما لو طلب طاعة زوجته ولم يذكر المدعى عليها.[3]

ولعل هذا التقسيم جارٍ على أصل الحنفية، في التفريق بين الفاسد، والباطل خلافاً للجمهور.[4]

---

١. السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى١٤٠٥هـ)، (١٨١/٣). ابن فرحون، برهان الدين إبراهيم بن علي، تبصرة الحكام في أصول الأقضية، (دار عالم الكتب، الرياض ، الطبعة الأولى)، (١٠٨/١).

٢. السرخسي ، المبسوط ، (٣٠/١٧) . حيدر ، درر الحكام ، (١٧٥/٤).

٣. حيدر ، دور الحكام ، (١٧٥/٤). نصري ، أحمد ، مبادئ القضاء الشرعي ، (دار الفكر العربي ، مصر الطبعة الثانية ١٣٩٨هـ)، (٤٨٦/١).

٤. الإسنوي ، جمال الدين أبو محمد بن الحسن ، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، تحقيق : هيتو، محمد محسن، (مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة الرابعة ١٤٠٧هـ)، (٥٩ - ٦١). ابن النجار ، محمد بن أحمد الفتوحي،

وأما الشافعية فيزيدون في التقسيم بهذا الاعتبار فيقولون: الـدعوى سـتة أضرب: صحيحة، وفاسدة، ومجملة، وناقصة، وزائدة، وكاذبة.[1]

فالصحيحة كما سبق، وأما الفاسدة فهي: ما أختل منها شرط في المـدعي، كما لو أدعى المسلم نكاح المجوسية، أو في المدعى به، كمن يدعي ثمن الميتة، أو سبب الدعوى، كدعوى الكافر شراء المصحف.[2]

والمجملة: هي كقوله لي عليه شيء، وهي الدعوى بالمجهول فلا تسمع.

وأما الناقصة: فهي إما أن تكون لنقص صفةٍ، كقوله لي عليه ألف، ولا يبين صفتها، وإما أن تكون لنقص شرطٍ كدعوى النكاح من غير ذكر ولي، وكلاهما لا تسمع.

والزائدة: تارة لا تفسد نحو؛ ابتعته على أن أرده بعيب إذا وجد، وتارة تفسد نحو؛ ابتعته على أن يقيلني إذا استقلته.

وأما الكاذبة: فهي المستحيلـة، كمن ادعـى بمكـة أنه تزوج فلانة أمـس بالبصـرة.[3](وهذا في العصور السالفة)

وهناك من قسم الدعوى إلى دعوى مسموعة، ودعـوى غيـر مـسموعة. والمسموعة تنقسم أيضاً لعدة أقسام. وربما أمكن القول بردها للاعتبار السابق.[4]

ومما يلحق بما سبق دعوى قطع النزاع، كما لو أدعى شخص على آخر أنه يدعي عليه مالاً، أو حقاً فإنها لا تسمع.[5] ويلحق بـه أيـضاً الـدعاوى الممنـوع

شرح الكوكب المنير ، تحقيق : الزحيلي، محمد، وحماد، نزية، (مكتبة العبيكان ، الرياض ، الطبعة الأولى ١٤١٨هـ)، (٤٧٣/١-٤٧٤).

١. الماوردي ، الحاوي الكبير ، (٢٩٢/١٧-٣٠٠).

٢. السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، الأشباه والنظائر ، تحقيق : البغدادي ، محمد المعتـصم بـالله ، (دار الكتاب العربي ، بيروت الطبعة الثانية ١٤١٤هـ)، (٧٥٨) . الأسيوطي ، جواهر العقود ، ص (٤٩٦/٢-٤٩٧).

٣. السيوطي، الأشباه والنظائر، (٧٥٨).

٤. ابن فرحون ، تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهج الأحكام، (١١٣/١). المبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظـام القضاء في الإسلام، بحث ضمن عدة بحوث، (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض١٤١٢هـ ، القـسم الثاني)، (١٧٤ـ١٧٥).

٥. الغزي، عيسى بن عثمان، أدب القضاء، (مكتبة الباز، نزار مصطفى، مكة المكرمة، الطبعة الأولـى١٤١٧هـ)، (١٢٢). ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٣٩٩/٧).

سماعها، وهي صحيحة في أصلها، وإنما منع القضاة مـن سـماعها، لاقتـضاء المصلحة ذلك، وهذه كدعوى ما تقادم زمانه في يد المدعى عليه، أو ذمته.[١]

والدعوى باعتبار تنوع المدعى به

وذكر شيخ الإسلام ابن تيمية (رحمه الله) أن الدعاوى قسمان: دعوى تهمة كالقتل، ودعوى غير تهمة كدعوى العقد.[٢]

ومن جهة أخرى فإن المدعى به على قسمين: أحدهما: دعوى الحيـازة، أو دعوى وضع اليد، ويطلب هنا الحكم بوضع اليد على العين محل الدعوى.[٣]

والثاني: دعاوى الحق ، ويطلب هنا الحكم بالحق الأصلي وهو حق الملـك وما يتفرع عنه من الحقوق ، وهو بهذا الاعتبار يتفرع إلى فرعين: الأول: دعوى مال في الذمة. والثاني: دعوى حقوق شرعية كنكاح ورد بعيب وغير ذلك[٤].

وتتفرع بعد ذلك الأقسام فتنقسم دعوى العين إلى عقار، ومنقول ولكل منها حكم، وهكذا بقية الفروع السابقة .[٥]

أنواع الدعوى في القوانين الوضعية

تقسم الدعاوى من حيث طبيعة الحق الذي تستند إليه إلى.[٦]دعاوى شخصية: وهي التي تحمي حقاً شخصياً، كدعوى المؤجر على المستأجر للمطالبة بالأجرة.

---

١. ابن الشحنة، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن، لسان الحكام، مطبوع مع معين الحكام للطرابلـسي، (مكتبـة البـابي، مصطفى، مصر، الطبعة الثانية١٣٩٣هـ)، (٢٢٩) الشر قاوي، عبد الله بن حجازي، حاشية الشر قاوي علـى تحفـة الطلاب، (دار الفكر، بدون بيانات طبعة)، (٦٨٢/٢-٦٨٣).

٢. ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوي، جمع وترتيب: ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، (مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة ١٤١٥هـ)، (٣٨٩/٣٥-٣٩٠). ابن قيم الجوزية، أبـو عبـد الله محمـد، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، حققه وخرجه، عيـون، بـشير محمـد، (مكتبـة المؤيـد، الطـائف، الطبعـة الأولى١٤١٠هـ)، (٨٢). وانظر: ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٣/١) .

٣. السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨١/٦). ابن عبد الرفيع، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكـام علـى القـضايا والأحكام، تحقيق: عياد، محمد قاسم، دار الغرب الإسلامي، (٦٢٥/٢-٦٢٧).

٤. الغزي، أدب القضاء، (١٩٠). السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨٢/٣). المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب (التكملة)، (دار إحياء التراث العربي، مصر١٤١٥هـ)، (٤٧٢/٢٢). وانظر: الموسوعة الفقهية الكويتية، (٢٨٥/٢٠).

٥. انظر: الغزي، أدب القضاء، (١٩٠). السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨٢/٣). المطيعي، المجمـوع شـرح المهـذب (التكملة)، (٤٧٢/٢٢). الموسوعة الفقهية، (٢٨٥/٢٠).

٦. والي، قانون القضاء المدني، (١٥٣). فهمي، مبادئ القضاء المدني، (١٣٤ - ١٣٥).

ودعاوى عينية وهي: التي تحمي حقاً عينيـاً، كالملكيـة، أو الإنتفـاع، أو الإرتفاق. وأما الدعوى المختلطة فهي: الدعوى التي تستند إلى مجمـوع الحقـين السابقين معاً، وهي توجه إلى المدعى عليه باعتباره مـديناً بـالحق الشخـصي، وملزماً في ذات الوقت باحترام الحق العيني باعتباره نتيجة لثبوت الحـق الأول، ومثالها دعوى المشتري على البائع بتسليم العقار المبيع تنفيذاً لعقد البيع.[1]

وبالنظر للدعاوى من حيث محل الحق الموضوعي الذي تحمية فهي تنقسم إلى قسمين: دعاوى عقارية: وهي ما كان محل الحـق فيهـا عقـاراً. ودعـاوى المنقول: وهي ما كان محل الحق الذي تحميه منقولاً.[2]

ويمكن بتداخل الاعتبارين السابقين الخروج بتقسيمات جديدة.[3]

وتنقسم الدعاوى العقارية إلى قسمين: دعوى حق: وهي التي يتمسك فيهـا المدعي بحق عيني على عقار. ودعوى الحيازة: وهي التي يتمسك فيهـا بمركـز واقعي هو سيطرته الفعلية على عقار.[4]

وهناك تقسيمات أخرى كالدعوى التقريرية: وهي الدعوى التي يقتصر فيها المدعي على طلب الإعتراف أو إنكار وجود حق أو مركز قـانوني دون إلـزام المدعى عليه بأداء معين ودون إحداث أي تغيير في الحق أو المركز الموضوعي. وقد تكون إيجابية كدعوى الإستحقاق. وقد تكون سلبية كدعوى نفي حق ارتفاق أو دعوى براءة الذمة

دعوى الإلزام: وهي الدعوى التي يطلب فيها المدعي إلزام المدعى عليـه بأداء معين قابل للتنفيذ الجبري. كدعوى المؤجر بإلزام المستأجر بدفع الأجرة.

الدعوى المنشئة: وهي دعوى يطلب فيها المدعي الحكم بإنشاء أو تعديل أو إنهاء حق أو مركز قانوني موضوعي. كدعوى الشفعة، أو دعوى التطليق.[5]

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٢٧-١٢٨). فهمي، مبادئ القضاء المدني، (١٣٥-١٣٦).

٢. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٢٩). فهي مبادئ القضاء المدني، (١٣٦-١٣٧).

٣. والي، قانون القضاء المدني، (١٦٤). فهمي، مبادئ القضاء المدني، (١٣٧-١٣٨).

٤. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (١٣٨). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١٣٢).

٥. فهمي ، مبادئ القضاء المدني ، (١٣١-١٣٢).

المبحث السابع

صورة الدعوى

وهذا المبحث أردت به بيان الصورة الكاملة للدعوى، بحكم أن الدراسة إنما تتكلم في جزء معين من أجزاء الدعوى، ولا تتعرض للدعوى بشكل كامل، مما رأيت معه استحسان بيان الصورة الكاملة، والواضحة للدعوى.

فالدعوى بشكل عام هي: أن يكون لشخص قبل آخر حقاً مشروعاً، فإما أن يتفق هو، وخصمه أن يذهبا للقاضي حتى ينظر في خصومتهما، أو أن لا يحصل إتفاق، فيذهب المدعي من تلقاء نفسه إلى القاضي (المحكمة)، فيذكر دعواه أمام القاضي، فيكلف القاضي خصمه بعد تعيينه، وتعريفه من قبل المدعي بالحضور؛ سواء عن طريق المدعي، أو عن طريق شخص يكلفه القاضي (المحضرين)، فإذا حضر الخصم سأل القاضي المدعي عن دعواه، فإذا انتهى من دعواه، سأل القاضي الخصم (المدعى عليه) عن جوابه عما جاء في دعوى المدعي، فإن أقر له، حكم للمدعي بالمدعى به، وإن أنكر صح جوابه، وسأل القاضي المدعي ألك بينة ؟ فإن قال: نعم لي بينة، أمره بإحضارها، فإن أحضرها سمعها القاضي، ثم يقول للمدعى عليه: قد شهدت عليك البينة، فإن كان عندك ما يقدح فيها، أو يدفعها فبينه عندي، فإن لم يظهر المدعى عليه ما يقدح فيها، حكم عليه القاضي، لأن ظاهر الحال يدل لذلك. وقيل: لا يحكم حتى يسأله المدعي لأنه حقه. وإن قال المدعي: مالي بينة. فالقول قول المنكر مع يمينه، فيعلم القاضي المدعي أن له اليمين على خصمه، فإن سأل إحلافه أحلفه القاضي وخلى سبيله. فإن نكل الخصم عن اليمين قضى عليه القاضي بنكوله على قول، وعلى الآخر يرد اليمين على المدعي. فإن حلف المدعي حكم له وإن نكل صرفهما القاضي.[1]

---

1 . ابن المنذر، أبو بكر محمد بن إبراهيم، الإقناع، تحقيق: الجبرين، عبدالله بن عبدالعزيز، (مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى)، (٥١٦/٢). ابن قدامة، أحمد، الشرح الكبير مطبوع مع الإنصاف والمقنع، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، بدون طبعة١٤١٩هـ)، (٤٣٧،٤٠٧/٢٨). الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، (دار المعارف، الطبعة الأولى)، (٢٨٦/٤-٢٩٠).

الفصل الأول

أطـــراف الدعـــوى

ويتضمن ثلاثة مباحث :

المبحث الأول : المقصود بأطراف الدعوى وأهمية تحديدهم.

المبحث الثاني : حد المدعي والمدعى عليه.

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على التفريق بين المدعي والمدعى عليه.

المبحث الأول

المقصود بأطراف الدعوى وأهمية تحديدهم

يتضمن هذا المبحث مطلبين هما:

المطلب الأول: المقصود بأطراف الدعوى

المطلب الثاني: أهمية تحديد أطراف الدعوى

المطلب الأول

المقـصـود بأطـراف الدعـوى

الأطراف جمع طرف، وهو في اللغة: يدل على حد الشيء وحرفه. وهـو من البدن: اليدان، والرجلان، والرأس، والطرف من كل شيء منتهاه، والناصـية، أو الجانب، وأحد المتعاقدين.[١]

وأطراف الدعوى؛ هي الأمور التي تستلزمها الدعوى، بحيث لا تتـصور دعوى بدونها.[٢]

ويرى البعض أن أشخاص الدعوى هي أطرافها، والمقصود بها الـشخص الذي ترفع له، أو عليه الدعوى، أي المدعي والمدعى عليه.[٣]

وهنا تتباين الآراء في تحديد أطراف الدعوى، فحيث يرى الـبعض أنهـم أربعة، مدع، ومدعى عليه، ومدعى به، ودعوى.[٤]

وهذا الرأي ينسجم مع القول في أركان الدعوى.

والبعض الآخر يحصر الأطراف في المدعي، والمدعى عليه[٥].

---

١. ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، (٣/ ٤٤٧- ٤٤٩). الفيروزآبادي، القـاموس المحـيط، (٨٣٠- ٨٣٢). ابـراهيم، المعجم الوسيط، (٥٥٥).

٢. العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، (١٣٩).

٣. القاسم، النظام القضائي الإسلامي، (٣٢٠).

٤. العمروسي، أصول المرافعات الشرعية، (١٣٩). قراعة، الأصول القضائية، (٥).

٥. القاسم، النظام القضائي الإسلامي، (٣٢٠).

ولعل هذا الرأي هو الأوفق، لأن المدعى به لا يمكن أن يكون في جانب مقابل للمدعي، والمدعى عليه، فهو إما أن يكون للمدعي، أو للمدعى عليه، حتى ولو قيل به إنه (لخارج) أي؛ شخص آخر، وهو المتدخل، فهو أيضاً؛ إما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه. ولذلك صرح البعض بأن أطراف الدعوى لا يكونون إلا من البشر، أو الأشخاص سواء كانوا أشخاصاً طبيعية، أو أشخاصاً اعتبارية.[١]

ويفصل بعض فقهاء الحنفية في المسألة فيقول: "المحكوم له؛ إما الشرع كما في الحقوق المحضة، كأصل الوقف إن كان على الفقراء، أو الشرع، والعبد كما في الأمور التي فيها حق الشرع والعبد (كحد القذف والتعزير)، أو يكون المحكوم له هو العبد، وهو المدعي حقيقة (كالولي والوصي)، أو حكماً كالموكل واليتيم. وأما المحكوم عليه فلا يكون إلا العبد دائماً، لكنه إما أن يكون واحداً، أو أكثر، فالواحد هو المدعى عليه، وهو من عدد وشخص؛ سواء كان واحداً بالعدد أو أكثر. والمراد بالأكثر؛ الناس كافة كما في القضاء بالحرية (الأصلية)".[٢]

ومما يدلل به على اعتبار البشرية في أطراف الدعوى، اتفاق الفقهاء على اشتراط الأهلية في أطرافها، فالأهلية من لوازم البشرية على وجه العموم.

وعلى كل حال، فمقصودي بأطراف الدعوى في دراستي هذه؛ هو المدعي، والمدعى عليه، فمعرفتهما، وما يتعلق بهما من شروط، وأحكام هو عمدة القضاء.[٣]

فلا يتحقق في القضاء الأمر بالمعروف، ونصرة المظلوم، وأداء الحق إلى مستحقه، ورد الظالم عن ظلمه، والإصلاح بين الناس، وتخليص الناس بعضهم من بعض.[٤] إلا من خلال المعرفة بأطراف الدعوى، وتمييزهم عن بعضهم. فهذا أصل مشكل كما يرى الفقهاء؛ لكنهم لم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما، وإن اختلفوا في حد المدعي، والمدعى عليه.[٥]

---

١. ياسين، نظرية الدعوى، (١٧٥). إبراهيم، محمود علي، الدعوى القضائية في الشريعة الإسلامية، (دار الهدى، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ)، (١٠).

٢. الفواكه البدرية والمجاني الزهرية، (٦١- ٦٦).

٣. ابن جزي، القوانين الفقهية، (٣٢٠). عويس ، الدعوى وطرق الإثبات في التشريع الإسلامي، (٥).

٤. ابن قدامة، المغني، (١٤/ ٦).

٥. ابن فرحون، تبصرة الحكام ، (١/ ١٠٥).

وفي القانون الوضعي

أطراف الدعوى هم الخصوم فيها، وكل دعوى تحتوي على خصمين على الأقل، وأطراف الدعوى الأصليين هم المدعي، والمدعى عليه، وقد ترفع الدعوى أيضاً من مدعين متعددين ضد مدعى عليه واحد، وقد ترفع من مدع واحد ضد مدعى عليهم متعددين، وقد ترفع من مدعين متعددين ضد مدعى عليهم متعددين.[1]

وقد يسميهم البعض بأشخاص الدعوى: وهم من يوجه الإدعاء باسمهم، بناء على مالهم من صفة بالنسبة للحق، أو المركز القانوني المدعى.

والمدعي في الأساس له صفة إيجابية، وهي عادةً صفة صاحب الحق المدعى، وأما المدعى عليه فله صفةٌ سلبيةٌ، وهي صفة المدين، أو المسئول عن الحق المدعى (الكفيل أو الغاصب بالنسبة للحق العيني).

ولكن في بعض الدعاوى السلبية (مثل دعوى براءة الذمة)، ينكر المدعي أنه طرف سلبي في حقٍ للمدعى عليه.

والعبرة في تحديد أشخاص الدعوى؛ هي بصفتهم في الدعوى لا بمباشرتهم فعلاً إجراءاتها. فقد يكون المدعي أو المدعى عليه ممثلاً في الإجراءات بواسطة شخص آخر؛ كما لو كان قاصراً وممثّله الولي، أو الوصي، أو كان شخصاً معنوياً؛ كشركةٍ يمثلها رئيس مجلس الإدارة، ففي هذه الحالة يظل المدعي، أو المدعى عليه هو الأصيل الذي ينسب له الحق، أو يكون طرفاً سلبياً فيه، وهو القاصر والشخص المعنوي، وليس الولي، أو الوصي، أو رئيس مجلس الإدارة.[2]

وقد يستمر مركز المدعي في الدعوى، ومركز المدعى عليه فيها كما هو حتى يفصل فيها، وقد ينقلب المدعي في الدعوى إلى مدعى عليه بالنسبة لبعض الطلبات، وينقلب المدعى عليه إلى مدعي؛ كما لو قدم المدعى عليه أثناء سير الدعوى طلباً عارضاً[3] ضد المدعي، وهو مايسمى (دعاوى المدعى عليه)،

---

١. كامل، محمد نصر الدين، الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي والإداري، (عالم الكتب ، القاهرة ، ١٩٨٩م)، (١١٢). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٦).

٢. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٧٨- ٧٩).

٣. الطلب العارض: هو ما عدا الطلب الأصلي من الدعاوى التي يبديها الخصوم في أثناء سير الدعوى. انظر: معجم القانون، (مجمع اللغة العربية، مصر، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية١٤٢٠هـ،١٩٩٩م)، (٢٢٤).

فينقلب المدعي في الدعوى الأصلية إلى مدعى عليه بالنسبة لهذا الطلب العارض، وينقلب المدعى عليه في الدعوى الأصلية إلى مدع في خصوص هذا الطلب العارض.[1]

كما أن أطراف الدعوى قد تتسع دائرتهم أثناء سير الدعوى، وذلك بدخول خصم ثالث فيها من تلقاء نفسه، أو بقيام المدعي، أو المدعى عليه، أو المحكمة بإدخال خصم ثالث في الدعوى أثناء سيرها.[2]

والخصم الحقيقي في الدعوى هو ذاك الذي يوجد في الدعوى ويوجه إليه طلب فيها سواء حضر أو أحجم رغم إعلانه ، فلا يعتبر خصماً من أدخل في الدعوى ولم توجه إليه فيها طلباتٍ ما ، كما أنه إذا وجه الخصم طلباتٍ معينةٍ إلى أحد الخصوم في الدعوى فإنه لا يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تلزم بهذه الطلبات خصماً آخر ، ولذلك قضي بأنه إذا وجه المدعي طلبه برد المبلغ إلى أحد المدعى عليهم ، وألزمت المحكمة مدعى عليه آخر بذلك ، فإنها تكون قد خالفت قاعدة أصلية من قواعد المرافعات توجب على القاضي التقيد بحدود الطلبات المقدمة.[3]

---

١. كامل، الدعوى واجراءاتها، (١١٢- ١١٣). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٦-١٧).

٢. كامل، الدعوى واجراءاتها، (١١٢- ١١٣). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٦-١٧).

٣. كامل، الدعوى واجراءاتها، (١١٢- ١١٣). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٦-١٧).

المطلب الثاني

أهمية تحديد أطراف الدعوى

يأخذ تحديد أطراف الدعوى أهميته من خلال ما تلقيه هذه المسألة بظلالها على مسألة القضاء برمته، وتكمن قيمتها في إجراءات الدعوى، وفي الآثار المترتبة على التفريق بين مصطلح المدعي، والمدعى عليه.

فتحديد أطراف الدعوى، والتفريق بينهما، بحيث لا يلتبس أمرهما، من الأهمية بمكان، لما يترتب على ذلك من أحكام، وآثار هي محل اتفاق في الجملة.

قال ابن فرحون[1](رحمه الله تعالى): "اعلم أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنه أصل مشكل، ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما، وأن على المدعي البينة إذا أنكر المطلوب، وأن على المدعى عليه اليمين إذا لم تقم البينة، وقد اختلفت عبارات الفقهاء في تحديد المدعي والمدعى عليه".[2]

قال أبو الوليد الباجي[3](رحمه الله تعالى): ما من مدعٍ إلا ويوصف بأنه مدعى عليه، ولا مدعى عليه إلا ويصح أن يوصف بأنه مدع، لأن الدعوى لا تخلو أن تكون في معين، أو فيما يتعلق بالذمة ـ إلى أن قال ـ وذلك أنه إذا ادعى زيد داراً في يد عمرو، فإنه يصح بأنه مدعى عليه، لأن عمراً الذي هي بيده يدعي أنه لا حق لزيد فيها، وبذلك وصف عمرو بأنه مدع فيها، فكل واحد منهما يصح أن يوصف بأنه مدع فيها، ويصح أن يوصف بأنه مدعى عليه فيها.[4]

---

١. هو الفقيه أبوالوفاء، ابراهيم بن علي بن محمد بن أبي القاسم بن فرحون اليعمري المالكي، ولد بالمدينة وسمع بها وتفقه وصنف التصانيف وولي القضاء، من تصانيفه تبصرة الحكام في الأقضية، توفي سنة٧٩٩هـ. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، (دار الكتب الحديثة، مصر، الطبعة الأولى)، (٤٩/١).

٢. ابن فرحون، التبصرة، (١٠٥/١) .

٣. هو الفقيه الأصولي أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد التجيبي القرطبي، رحل إلى بغداد ودمشق وتفقه على علمائهما، برع في الحديث والفقه والأصول والنظر، وكان يضرب ورق الذهب للغزل ويعقد الوثائق، سكن شرق الأندلس، وصنف كتبا كثيرة منها التعديل والتجريح فيمن روى عنه البخاري في الصحيح، توفي سنة ٤٧٤هـ. انظر: ابن العماد، عبدالحي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب(دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الأولى)، (٣٤٤/٣-٣٤٨)

٤. الباجي، سليمان بن خلف، رسالة بعنوان: معنى أل في قول الرسول صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي، تحقيق: الظاهري، ابو عبد الرحمن بن عقيل، (مجلة عالم الكتب، الرياض، العدد الأول، رجب١٤٠١هـ)، (٧٦).

ولعله من المناسب صياغة الأهمية في النقاط التالية:

أولاً: تبرز أهمية تحديد أطراف الدعوى، والتفريق بينهما، من خلال ما يترتب على معرفة من يتحمل عبء الإثبات في الدعوى. فالمدعي هو من يقع عليه عبء إثبات ما يدعيه كما جاء في خبر ابن عباس المتقدم وغيره.[1]

قال ابن المنذر[2](رحمه الله): "أجمع أهل العلم على أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه".[3]

وعدم التفرقة بين المدعي، والمدعى عليه بالنسبة للقاضي يجعله في حيرة من أمره، فمن منهما يطالبه بالبينة، ومن منهما يطالبه باليمين. فربما تكلم الشخص بكلام في صورة دعوى، وهو في حقيقته إنكار، أو دفع.

فإذا علم القاضي من المدعي منهما، فإنه يكلفه الإثبات، كما هي قاعدة الشرع، وقد يدفع المدعى عليه بدفوعٍ؛ هي في حقيقتها دعاوى جديدة؛ كما لو دفع دعوى دين في ذمته بالوفاء، فيكون حينئذٍ مدعياً، وفي هذه الحال، فإن عبء الإثبات يقع عليه في دعواه الوفاء.[4]

ثانياً: تظهر الأهمية أيضاً من خلال معرفة مكان انعقاد الدعوى، وهو ما اصطلح عليه بالصلاحية المكانية للمحاكم، وهي أساساً قائمة على مبدأ اختصاص محكمة المدعى عليه لأنه الأجدر بالرعاية.[5]

وهو ما عالجه فقه الشريعة في مسائل كولاية القاضي الخاصة، والحكم على الغائب، وكتاب القاضي إلى القاضي.[6]

---

١. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (٣٥/ ٣٩١- ٣٩٣). الزحيلي، وسائل الإثبات، (١/ ٣٤).

٢. هو الإمام الحافظ العلامة أبوبكر محمد بن ابراهيم بن المنذر النيسابوري، الفقيه نزيل مكة مولد سنة موت الإمام أحمد تقريبا، أحد فقهاء الشافعية، صنف الإشراف في اختلاف العلماء، وكتاب الإجماع، وقد أخذ عن اصحاب الإمام الشافعي، توفي سنة٣١٦هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٣٢٠٧/٣).

٣. وابن المنذر، الإجماع، (٦٥)، رقم (٢٥٦). ابن المنذر، الإقناع ، (٥١٦/٢).

٤. قراعة، الأصول القضائية، (٥). ياسين، نظرية الدعوى، (١٩٥- ١٩٧).

٥. ياسين، نظرية الدعوى، (١٩٧). أبوالبصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٢٥).

٦. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية، (دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٠هـ)، (١٤١). المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة في شرح العمدة تحقيق: التركي، عبد الله عبد المحسن، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ)، (٤١٣/٢). ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، (دار الكتاب الإسلامي، الطبعة الثانية)، (١٩٣/٧).

وقد صرح نظام المرافعات الشرعية بأن الدعوى تقام في المحكمة التي يقع في نطاق اختصاصها محل إقامة المدعى عليه على تفصيل في ذلك.[1]

ثالـثـاً: وهو ما يتعلق بأحكام الغياب؛ سواء كان الغياب حاصل من قبـل المدعي، أو من قبل المدعى عليه، فمن المعلوم أن لكل منهما أحكام تخـصه دون الآخر. ولهذا عني الفقه بتفصيل ذلك، وكان له في نظام المرافعات الشرعية عناية أيضاً، وتفصيل دقيق؛ خاصة في مقام غياب المدعي.[2]

رابعاً: يحكم على المدعي بمـصاريف الـدعوى إذا قـضى فيهـا بعـدم الاختصاص، أو ببطلانها، أو بعدم قبولها، أو برفضها، أو كانت النيابـة العامـة طرفاً أصلياً في القضية، وخسرتها، أو كان متدخلاً تـدخلاً انـضمامياً، فيتحمـل مصاريف تدخله، ولو حكم لصالح من تدخل منضماً إليـه؛ كمـا فـي القـوانين الوضعية.[3]

وأما التنظيم القضائي السعودي فهو يأخذ بمبدأ مجانية القـضاء، فالقـضاء أبوابه مفتوحة لجميع المواطنين على قدم المساواة، وبدون أية مصاريف ماديـة، فحق التقاضي مكفول للكافة، فلا يحرم شخص من الإلتجاء إلى القـضاء لمجـرد فقره، أو عدم استطاعته سداد رسوم التقاضي.[4]

ولذلك لم أجد حتى في نظام المرافعات الشرعية الجديد؛ أي نص يوجـب، أو يلزم المدعي بدفع رسوم معينة للمحكمة نظير التقاضي.

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٣٤). المليجي، أسامة شوقي، ملامح النظام القضائي الـسعودي فـي ضـوء نظـام المرافعات الشرعية الجديد، محامو المملكة العربية السعودية على الموقع www.mohamoon-ksa.com، (١٠،١١).

٢. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٥٤/١). الهيتمي، تحفـة المحتـاج، (١٦٢/١٠). ابـن قدامـة، الـشرح الكبيـر، (٥٢٤/٢٨). ابن حزم، أبو محمد علي أحمد بن سعيد، المحلي بالآثار، تحقيق: البنداري، عبد الغفـار سـليمان ، (دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٥هـ، بدون طبعة)، (٤٣٤/٨). الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلتـه، (٥١٢،٥١١/٦). نظـام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٥- ٥٨). اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/٥٥-٥٨).

٣. سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، (منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولـى)، (٢٧٦/٢- ٢٨٣). طلبة، أنور، موسوعة المرافعات المدنية والتجاريـة، (دار المطبوعـات الجامعيـة الإسـكندرية، الطبعـة الأولـى)، (٤٣٥/٣_٤٦٥). ياسين، نظرية الدعوى، (١٩٥- ١٩٧). أبوالبصل، شرح قـانون أصـول المحاكمـات الـشرعية، (١٢٥).

٤. المليجي، ملامح النظام القضائي السعودي في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد، (٤).

المبحث الثاني

حد المدعي والمدعى عليه

الحد في اللغة: "هو الحاجز بين شيئين، ومنتهى الشيء".[1]

وفي اصطلاح أهل الأصول: هو القول الدال على ماهية الشيء.

وقيل: الحد والحقيقة بمعنى؛ لأن حقيقة الشيء مانعة له من الإلتباس بغيره ناطقة بما ليس منه من الدخول في حكمه.[2]

ومع ذلك فالحدود كما قيل في غاية الصعوبة وذلك أنها تفتقر إلى معرفة الماهيات المختلفة تفصيلاً حتى يعلم القدر المشترك بين الأشياء المشتركة في شيء واحد من الماهية، والقدر الذي به تنفصل كل واحدة منها عن الأخرى، ولاشك في صعوبة معرفتها على هذا الوجه ، و به يضعف تركيب الحدود الحقيقية للأمور الموجودة في الخارج المطابقة لها.[3]

وهذه الصعوبة ستتضح من خلال استعراض تعريفات الفقهاء لكل من المدعي، والمدعى عليه فلم تتفق عباراتهم على تعريف واحد بل يكادون يتفقون على أن المدعي قد ينقلب مدعى عليه، والمدعى عليه قد ينقلب مدعياً وهكذا.

والمدعي لغة: "من يقصد إيجاب حق على غيره، فإن الدعوى فعل يتعدى مفعوله، فيكون المدعي اسماً لفاعل الدعوى؛ كالضارب، والقاتل، إلا أن إطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له، ولا يتناول من له حجة، فإن القاضي يسميه مدعياً قبل إقامة البينة، فأما بعد إقامة البينة يسميه محقاً لا مدعياً، ويقال لمسيلمة مدع النبوة، ولا يقال لرسول الله (ρ) يدعي النبوة لأنه قد أثبته بالمعجزة.[4]

---

١. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (٢٧٦).

٢. الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط، حرره: العاني، عبد القادر عبد الله، وراجعه: الأشقر، عمر سليمان، (وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية ١٤١٣هـ)، (٩١/١).

٣. الزركشي، البحر المحيط، (٩٤/١).

٤. السرخسي، المبسوط، (٢٩/١٧).

والمدعى عليه في اللغة أيضاً: هو اسم مفعول من فعل الدعوى، والدعوى تأتي في اللغة بمعانٍ عديدة، فكما أن المدعي هو المخبِر بحق قبل غيره، أو هـو الطالب، أو المطالِب بذلك الحق، فإن المدعي عليه هو المخبر بحق عليه، أو قِبله أو هو المطالَب، أو المطلوب منه وهكذا.[1]

أما في الشريعة الإسلامية فقد تباينت عبارات الفقهاء فـي جعـل ضـابط معين، يحدد كل واحد منهما؛ بحيث يمكن تطبيقه على كل واقعة فلا يختلف فيها.

ولعل سبب التباين؛ هو إشكالية التفريق بينهما، فهم شبه متفقون علـى أن المدعي قد ينقلب مدعى عليه لقيام سبب أقوى من سبب خصمه، ولأن الـدعاوى متعددة بحيث لا يمكن حصرها، ولا تتبع أفرادها، ويتعذر في كثير من الأحيـان معرفة الأصل الذي يمكن البناء عليه؛ كما في مدعي رد الأمانـة، هـل نعتبـره مدعياً، أو مدعى عليه؛ لأن الأصل هو بقاؤه على أصل الأمانة، وهكذا.

الحـد الأول:

قيل فيه أن المدعي هو: "من إذا ترك الدعوى يترك. والمدعى عليه: مـن إذا ترك الدعوى لم يترك".[2]

وهذا القول قال به أغلب الفقهاء، وعبروا عنه بألفاظ عديدة، فقيل: "المدعي من إذا تُرك لم يسكت. والمدعى عليه من إذا تُرك سكت".[3]

وقيل: "المدعي من إذا سكت ترك. والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك".[4]

---

١. انظر: السرخسي، المبسوط، (٢٤،٢٣/١٧). السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة، تحقيق: النـاهي، صلاح الدين، (مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ)، (١٦٦،١٦٥/١). ابن الغرس، الفواكة البدرية، (٦٣).

٢. السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨٢،١٨١/٣). السرخسي، المبـسوط، (١٧/ ٣١) ابـن فرحـون، تبـصرة الحكـام، (١٠٥/١). البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع تحقيق: عبد الحميد، إبراهيم أحمد، (دار عالم الكتـب، الريـاض ١٤٢٣هـ)، (٣٢٧٥/٩).

٣. ابن قدامة، الموفق، المغني، (٢٧٥/١٤). وانظر، الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركـشي علـى مختـصر الخرقي، تحقيق: الجبرين، عبد الله، (مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ)، (٣٩٧/٧). النفراوي، أحمـد ابن غنيم، الفواكه الدواني، (دار المعرفة، بيروت)، (٩٨/٢).

٤. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد، المقنع، مطبوع مع شرحه الشرح الكبير والإنصاف، تحقيـق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، (وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربيـة الـسعودية، بـدون طبعـة ١٤١٩هـ)، (١٢٠/٢٩). النفراوي، الفواكه الدواني، (٢٩٨/٢).

وهذا الأخير تُعقب بأن فيه نظراً، لأن كل ساكت لا يطالب بـشيء فإنـه متروك، وهذا أعم من أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه، فيترك مع قيام الدعوى.[1]

ومما يتبع لهذا الحد وله ارتباط وثيق به هو : أن المدعي من يلتمس بدعواه إثبات ملك على غيره في العين أو الدين أو يثبت حقاً . والمدعى عليه : من يدفع ذلك عن نفسه وينفيه ، أو هـو المنكـر .[2]

لكن اعترض عليه: بأن من في يديه الشيء إذا ادعاه على الخـارج أنـه اشتراه منه فهو مدع.[3]

وبنحو هذا أن المدعي هو الطالب من غيره شيئاً في يده، أو في ذمته، وأما المدعى عليه؛ فهو المطلوب منه شيئاً في يده أو في ذمته. أو هو المنكر.[4]

وهذا الفرق يمكن مناقشته بأن هناك صوراً يكون الطالب فيها مدعى عليه؛ كما إذا تداعى قزاز، ودباغ جلداً، فإن الدباغ مدعى عليه. وكذا اختلاف الزوجين في متاع البيت، فالقول قول الرجل فيما يشبه أنه للرجال، والقول قول المرأة فيما يشبه أنه للنساء.[5]

وبنحوه "المدعي من يقول بالاختيار والمدعى عليه من يجيب بالاضطرار"[6] وهذا التمييز قائم على أساس معرفة من تلزمه الدعوى، فهو في ذات السياق.

وجه ارتباط هذه التعريفات بالحد الأول

هو أنها كلها تدور في فلك الطلب، وهو لب الدعوى، والحد الأول يجعـل أساس التمييز، والتفرقة بين المدعي، والمدعى عليه، هو لزوم المطالبة عليه ولـو

---

١. السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨٢،١٨١/٢). السرخسي، المبسوط، (٢٩/١٧-٣١). ابن فرحون، تبـصرة الحكـام، (١٠٥/١).

٢. انظر: السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨٢،١٨١/٢). السرخسي، المبسوط، (٢٩/١٧-٣١). ابـن فرحـون، تبـصرة الحكام، (١٠٥/١).

٣. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦،١٦٥/١). ابن الغرس، الفواكة البدرية، (٦٣).

٤. الماوردي، الحاوي الكبير، (٢٩٢/١٧).

٥. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١/ ١٠٧).

٦. ابن أبي الدم، أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله، أدب القضاء، تحقيق: الزحيلي، محمد مصطفى، (دار الفكر، دمـشق، الطبعة الثانية١٤٠٢هـ)، (١٨٥).

سكت، فالمدعي من لو سكت خلي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يخلـى ولا يكفيه السكوت، وهذا ما ذكره بعض الفقهاء نصاً في التفرقة.[1]

فقد قال بعضهم: "المدعي من يطالب غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الطلب ترك. والمدعى عليه المطالب؛ أي الذي يطالبه غيره بحق يذكر استحقاقه عليه، وإذا سكت عن الجواب لم يترك بل يقال: إن أجبت، وإلا جعلتـك ناكلاً وقضيت عليك".[2]

وعموماً، فهذا الحد وما يدور في فلكه، ينظر للدعوى على أنها في أساسها حق للمدعي، فله حرية التصرف في الإقدام عليها، أو الإحجام عنها وتركها، وهو بخلاف المدعى عليه الذي يكون الحق عليه، فليس له من الأمر شيء، حتـى لـو أراد ترك الدعوى، فإن الأمر بيد صاحب الحق في رفعها، وهو المدعي.

وهذا الحد من الوضوح، والسهولة بحيث قال فيه بعض العلماء مـن أهـل التحقيق؛ بأنه أسلم الحدود.[3]

الحد الثاني:

ويقوم هذا الحد أصلاً على التمسك بالظاهر، أو الأصل، ومخالفتهمـا فـي التمييز بين المدعي، والمدعى عليه، وقد تعددت الصياغات لهذا المعنى.

فمنها: أن المدعي هو الذي يدعي أمراً حادثاً، أو يتمسك بغيـر الظـاهر. والمدعى عليه: هو من يتمسك بالظاهر.[4]

ومثل بعضهم لهذا الظاهر ببراءة الذمة، فجعل المخالف لها مدعياً بقولـه، والموافق لها مدعى عليه.[5]

---

١. السفاف، ترشيح المستفيدين، (٤٠٩).

٢. الفتوحي، محمد بن أحمد، منتهى الارادات ،تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، (مؤسسة الرسالة، بيـروت، الطبعة الأولى١٤١٩هـ)، (٣٢٤/٥). ابن قدامة، الشرح الكبير، (١٢٠/٢٩).

٣. ابن حجر، علي بن أحمد، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، (دار السلام، الرياض، ودار الفيحاء، دمشق، الطبعة الأولى١٤١٨هـ)، (٥/ ٣٤٨).

٤. ابن الهمام، فتح القدير، (١٤٤/٦-١٤٦). السمناني، روضة القضاة، (١/ ١٦٥).ابن الغـرس ، الفواكـة البدريـة، (٦٣). ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٤٠٠/٧،٤٠١).

٥. السفاف، ترشيح المستفيدين، (٤٠٩).

وعبر عنه البعض بأن المدعي: "من كان قوله على خلاف أصل، أو عرف. والمدعى عليه: من كان قوله على وفق أصل، أو عرف، أو قرينة".[1]

ومثل بعضهم لهذا؛ بمن ادعى على آخر أنه عبده، وأنكر ذلك الشخص حقيقة ما ادعي عليه، فالأول قوله مجرد عن موافقة أصلٍ، أو عرف، والثاني يشهد له الأصل، وهو أن الأصل في الناس الحرية، والرق طارئ عنها، وكذا إذا ادعى الزوج من متاع البيت ما شأنه أن يكون للنساء كالحلي، أو ادعت المرأة ما شأنه أن يكون للرجال كالسلاح، فالعرف يؤيد الزوجة في الشق الأول، فتكون مدعى عليها، ويؤيد الزوج في الشق الثاني، فيكون مدعى عليه.[2]

وهذا الأصل على وجه العموم يمكن ترجيح العرف، أو القرينة عليه إذا اقتضت خلافه؛ كمن حاز شيئاً، ثم ادعاه غيره، فترجح قول من حازه، فهو المدعى عليه، وضعف قول الآخر، فهو مدعٍ.[3]

ومما قيل في هذا المعنى: "أن المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة عن الصدق، أو اقترن بها ما يوهنها عادة، وذلك كالخارج عن معهود، والمخالف لأصل. والمدعى عليه؛ من ترجح بمعهودٍ، أو أصل.[4]

وقيل: "المدعي أبعد المتداعيين سبباً، والمدعى عليه: هو أقرب المتداعيين سبباً."[5]

وهذا الحد وما يدور في فلكه أيضاً ينطلق في تصوير المدعي، والمدعى عليه من نظره لنصوص الشرع، وسبره لكيفية تقرير الحقوق فيه، حيث راعى

---

١. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٥/١-١٠٦). وانظر: حاشية الخرشي، (٥٠٢/٧). القرافي ، الفروق، (٧٤/٤-٧٦، ١١٨-١٢٣). ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، (٣٢١).

٢. الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ)، (١٥).

٣. انظر في ذلك: ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٥/١-١٠٦). التسولي، أبوالحسن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثالثة١٣٩٧هـ، (٢٤/١-٢٧).

٤. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٥/١-١٠٦). حاشية الخرشي على مختصر خليل، (٥٠٢/٧). النفراوي، الفواكه الدواني، (٢/ ٢٩٨). ابن جزي، القوانين الفقهية، (٣٢١).

٥. القرافي، الفروق، (٧٤/٤-٧٦). حسين، تهذيب الفروق، (١١٨/٤-١٢٣).

جانب القوة، والضعف، فحيث ضعف جانب المدعي جعل في حقـه البينـة، أمـا المدعى عليه، فلقوة جانبه؛ كونه باق على أصل البراءة الأصلية، اكتفى باليمين في جانبه من باب التعضيد والتقوية.[١]

وما سبق من تعريفات لم تسلم من تنبيه، أو اعتراض، فقد ألزم على مـن جعل المتمسك بالظاهر هو الفرق بين المدعي، والمدعى ألزم عليه مسألة الشك.[٢]

واستشكل بعض الشافعية؛ بأن الوديع إذا ادعى الرد، أو التلف يخالف قوله الظاهر، مع أن القول قوله، لكن رد هذا بأنه يدعي أمراً ظاهراً، وهو بقاؤه علـى الأمانة، وأجيب عن هذا الرد بأن الأمناء الذين يصدقون في الرد بيمينهم؛ مدعون لأنهم يدعون الرد مثلاً، وهو خلاف الظاهر، لكن اكتفى منهم باليمين لأنهم أثبتـوا أيديهم لغرض الملك.[٣]

وادعى بعضهم أن هذا التعريف منقوض، وأنه يتعارض النظر في كثير من المسائل من هو المتمسك بالأصل من الخصمين؛ كما لو ادعى الـزوج أن سـيد الأمة غره، وزوجه بها وأنكر السيد، فقيل: القول قول الزوج، وقيل: القول قـول السيد. فتعارض في هذه المسألة الأصل، والغالب، فالأصل عدم الغرور، فيكـون القول قول السيد، والغالب عدم الدخول على زواج الإماء وعـدم الرضـا بهـن، وزواج الأحرار للإماء نادر، فيقدم الغالب على النادر.[٤]

ولتحرير القول في هذه المسألة أقول[٥]: "الأصل هو ما يبتنى عليه غيـره، وأصل الشيء قاعدته".[٦]

---

١. الماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، (١٥٧). ابن ضويان، ابراهيم بن محمد، منـار الـسبيل، تحقيـق: الفاريابي، أبو قتيبة نظر محمد، (دار السميعي، الرياض، الطبعة الثانية١٤٢٠هـ)، (١١١٨/٣-١١١٩).

٢. السمناني ، روضة القضاة، (١/ ١٦٥- ١٦٦). ابن الغرس ، الفواكة البدرية مع المجاني الزهرية، (٦٣).

٣. الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، (٤/ ٤٠٩).

٤. الكافي ، احكام الإحكام على تحفة الحكام ، (١٥). ابن فرحون ، تبصرة الحكام، (١/ ١٠٥-١٠٦).

٥.انظر: الرشيد، أحمد بن عبدالعزيز، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، (رسالة ماجستير مقدمـه لكليـة الـشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية١٤٢١هـ)، (٣٧-٤٦).

٦. الجرجاني، التعريفات، (٢٨). الراغب، المفردات، (١٩).

وفي الشرع: هو ما يبنى عليه غيره، ولا يبني هو على غيره، والأصل ما يثبت حكمه بنفسه، ويبني عليه غيره.[1]

وأما الظاهر فهو بخلاف الباطن، ويستعمل في بـارز مبـصر بالبـصر، والبصيرة.[2]

وفي الشرع: هو اللفظ الدال على معنى بالوضـع الأصـلي، أو العرفـي، ويحتمل غيره احتمالاً مرجوحاً.[3]

وأما العرف؛ فهو ضد النكر والمنكر.[4]

وفي الشرع: هو العادة المستمرة قولاً، أو فعلاً.[5]

والقرينة من المقارنة؛ وهي المصاحبة.[6]

وفي الشرع: أمر يشير إلى المطلوب، وهي إمـا حاليـة، أو معنويـة، أو لفظية.[7]

وقيل: المراد بها كل أمارة ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه. وقد تكـون عقلية يستنتجها العقل؛ كوجود المسروقات عند المتهم بالسرقة، وقد تكون عرفيـة قائمة على عرف، أو عادة؛ كشراء المسلم شاة قبيل عيد الأضحى، فإنهـا قرينـة قصد الأضحية. ومن القرائن ما هو قطعي، ومنها ماهو ظني.[8]

---

١. الجرجاني، التعريفات، (٢٨). البعلي، المطلع، (٢٤٢).

٢. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (٤٣٤). الراغب، المفردات، (٣١٨).

٣. الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: عفيفي، عبد الرزاق، (المكتب الإسلامي، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ، بيروت)، (٥٢/٣). آل تيمية، عبد السلام، وعبد الحليم، وأحمد ، المسودة فـي أصـول الفقـه، جمعهـا: الحراني، أبو العباس أحمد بن محمد، تحقيق: عبد الحميد، محمد محي الدين، (دار الكتاب العربـي،بيـروت، الطبعـة الأولى)، (٥٧٤). وانظر: الرشيد، الأصل والظاهر، (٥٨-٧٩).

٤. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (٨٣٦).

٥. الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تعليق: دراز، عبد الله، دراز، محمد عبد الله، ومحمـد، عبد السلام عبد الشافي، (دار الباز مكة المكرمة، الطبعة الأولـى)، (٢١٥/٢). آل تيميـة، المـسودة، (١٢٣-١٢٤). الزرقا، المدخل الفقهي العام، (١٣١/١).

٦. الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (١٢٢٤).

٧. الجرجاني، التعريفات، (١٧٤).

٨. الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٩١٨/٢-٩١٩).

والظاهر أن تعبير الفقهاء بالأصل هنا؛ يقصد به استصحاب الماضي في الحاضر، أو القاعدة الفقهية المستمرة؛ كما سبق إيراد تمثيلهم بقاعدة براءة الذمة، والتي ترجع بدورها إلى القاعدة الكبرى: اليقين لا يزول بالشك.[1]

وأما تعبيرهم بالظاهر، فالذي يظهر لي، وكما ألمح إليه بعضهم؛ أنهم يقصدون به العرف، أو العادة بدليل تعبيرهم بالغالب، كمرادف للظاهر أحياناً؛ بل وأمثلتهم للظاهر بأمور عادية، أو عرفية؛ كقولهم: لو جرت خلوة بين الزوجين، وادعى الإصابة فقولان؛ أصحهما تصديق المنكر؛ لأن الأصل عدم الإصابة، والثاني: تصديق مدعيها، لأن الظاهر من الخلوة الإصابة غالباً.[2] ومرادهم بالغالب غلبة الظن.[3]

وهناك معنى آخر يراد به الظاهر كما يظهر، وهو القرائن؛ وهي بدورها من قبيل ما يسمى بظاهر الحال، والمثال السابق خير دليل على استخدام قرينة حال عرفية، للدلالة على الجانب الأرجح. ومما يمثل به لاستخدام قرينة شرعية هو ترجيح كفة صاحب اليد في الدعوى، وغيرها.[4]

وفي تعارض الأصل مع الظاهر ذكر بعض الفقهاء أنه إذا تعارض الأصل، والغالب يكون في المسألة قولان، ورد بأن هذا ليس على إطلاقه؛ بل اجتمعت الأمة على اعتبار الأصل، وإلغاء الغالب في دعوى الدين، ونحوه، فإن القول قول المدعى عليه، وإن كان الطالب اتقى الناس، والغالب أنه لا يدعي إلا حقاً.

وأجمعوا على اعتبار الغالب، أو الظاهر، وإلغاء الأصل بلا خلاف؛ كما لو شهدت البينة، فإن الغالب هو صدقها، والأصل براءة المشهود عليه، والغالب هنا

---

١. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٦٠). الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، المنثور في القواعد ، حققه: محمود، تيسير فائق، (وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية١٤٠٥هـ)، (٣١١/١).

٢. القرافي، الفروق، (٤/ ٧٤- ٧٦)، حسين، تهذيب الفروق، (١١٨-١٢٣). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٥١٠٧/١). السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٣). الزركشي، المنثور في القواعد، (٣١١/١).

٣. الزركشي، المنثور في القواعد، (٣٢٩/١).

٤. القرافي، الفروق، (١٢٨/٣، ١٥٢). حسين، تهذيب الفروق، (١٨٤/٣). السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٠-١٤٦). الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٩٢٠/٢). ياسين، نظرية الدعوى، (١٨٣). ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، (مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى)، (٣٢٧).

يفيد الظن، ومع ذلك قد قدم بالإجماع، واشترط بعضهم لجريان القولين شـروطاً معينة؛ منها عدم اضطراد العادة، وأن لا تكثر أسباب الظاهر، وأن لا يكون مـع أحدهما ما يعتضد به.[1]

وصوب بعضهم أنه إذا تعارض أصلان، أو أصل، وظاهر، وجب النظـر في الترجيح؛ كما في تعارض الدليلين، فإن تردد في الراجح؛ فهي مسائل القـولين التي تقدمت. وإن ترجح دليل الظاهر حكم به بلا خلاف، وإن ترجح دليل أصـلي حكم به بلا خلاف.[2]

ويخرج من التقسيم السابق أربعة أقسام:

القسم الأول: وهو ما يرجح فيه الأصل جزمـاً وضـابطه: مـا إذا كـان المعارض له احتمال مجرد، ومثاله: لو قال: هذه الدار لزيدٍ، كـان إقـراراً لـه بالملك، حتى لو قال: أردت أنها مسكنه، لم يسمع.

قال ابن فرحون (رحمه الله): وأجمعوا على اعتبـار الأصـل، وإلغـاء الغالب في دعوى الدين ونحوه، فإن القول قول المدعى عليه، وإن كـان الطالـب أتقى الناس، والغالب أنه لا يدعي إلا حقاً.[3]

القسم الثاني: وهو ما يرجح فيه الظاهر قطعاً؛ وضابطه: أن يـستند إلـى سبب يجب قبوله شرعاً، كالبينة إذا شهدت، فإن الغالب صدقها، وهي تعـارض الأصل ببراءة ذمة المشهود عليه، واليد في الدعوى، وكما لو ادعى فـاجر علـى تقي، وطلب يمينه، فالجمهور على تحليفه، مع كون الظاهر كـذب المـدعي فـي دعواه.[4]

---

١. القرافي، الفروق، (٧٤/٤-٧٦، ١١٨-١٢٠). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٦/١).الزركـشي، المنثـور فـي القواعد، (٣١٢/١-٣١٤).

٢. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٠،١٤١). ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (٣٢٤- وما بعدها). العلائـي، صلاح الدين خليل، المجموع المذهب في قواعد المذهب، رسالة بتحقيق: الفكي، حـسن أحمـد، (الجامعـة الإسـلامية بالمدينة النبوية، كلية الشريعة قسم الفقه، لعام١٤١٤هـ)، (٣٦٦- وما بعدها) .

3. ابن فرحون ، تبصرة الحكام، (١٠٦/١). وانظر: السيوطي ، الأشباه والنظائر، (١٤١).

٤. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤١-١٤٢) . ابن الملقن، عمر بن علي، الأشباه والنظائر، رسالة بتحقيق: التميمي ، فاطمة عبدالله، (جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة بالرياض١٤٢١هـ)، (٦٣٥/١). ابن فرحـون، تبصرة الحكام، (١٠٦/١). الزركشي، المنثور في القواعد، (٣١٥/١).

القسم الثالث: وهو ما يرجح فيه الأصل على الظاهر على الأصح، وضابطه: أن يستند الاحتمال إلى سبب ضعيف. ومثاله: دعوى المديون (لا في مقابلة مال) الإعسار فيه وجهان، أصحهما: القول قوله، لأن الأصل العدم، والثاني: لا، لأن الظاهر من حال الحر أنه يملك شيئاً.[1]

ومنها لو ادعى الغاصب عيباً خلقياً في المغصوب؛ كقوله: ولد أكمه، أو أعرج، أو فاقد اليد، فوجهان أصحهما: القول قوله، لأن الأصل العدم ويمكن المالك إقامة البينة. والثاني: تصديق المالك، لأن الغالب السلامة.

بخلاف ما لو ادعى عيباً حادثاً، فإن الأظهر تصديق المالك؛ لأن الأصل، والغالب دوام السلامة. والثاني تصديق الغاصب؛ لأن الأصل براءة ذمته. فهذه الصورة تعارض فيها أصلان، واعتضد أحدهما بظاهر.[2]

القسم الرابع: ما ترجح فيه الظاهر على الأصل باستناده إلى سبب قوي منضبط، وهو بخلاف القسم الثاني؛ الذي يستند إلى سبب نصبه الشارع، وهنا السبب يرجع إلى العرف، أو العادة، أو قرينة الحال.

ومن أمثلة ذلك: اختلاف المتعاقدين في صحة العقد، وفساده فالأصح تصديق مدعي الصحة؛ لأن الظاهر جريان العقود بين المسلمين على قانون الشرع، والثاني تصديق مدعي الفساد؛ لأن الأصل عدم الصحة.

ومنها: لو قال مالك الدابة للراكب: أجرتك الدابة، وقال الراكب؛ بل أعرتني إياها، فقيل: يصدق الراكب؛ لأن الأصل براءة ذمته من الأجرة، والأصح تصديق المالك إذا مضت مدة لمثلها أجرة، والدابة باقية؛ لأن الظاهر يقتضي الاعتماد على قوله في الإذن، فكذلك في صفته.[3]

والإشكالية المهمة حينما يدعي كل منهما أن الأصل معه، فهل يمكن أن يتعارض الأصلان ؟

---

1. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٢-١٤٤). ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (٣١١،٣١٣،٣٢٧). وانظر: الزركشي، المنثور في القواعد، (٣١٥/١ـ٣٢٨).

2. انظر: السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٢-١٤٤). ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (٣١١،٣١٣،٣٢٧).

3. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٤٥-١٤٦). ابن رجب، القواعد في الفقه الإسلامي، (٣١١،٣١٣،٣٢٧). وانظر: الزركشي، المنثور في القواعد، (٣١٥/١ـ٣٢٨).

نعم يمكن أن يتعارضا؛ لكن ليس هذا التعارض بنفس القوة، والوزن مما يتعذر معه معرفة الراجح منهما، أو الأرجح؛ لأن في ذلك تناقضاً لا يمكن المصير إليه، والتعارض بين الأصلين يمكن أن يتخيل الناظر في ابتداء نظره أنهما بنفس القوة؛ لكن إذا أمعن النظر، ودقق تبين له الراجح من المرجوح؛ سواء كان ذلك من خلال النظر إلى الأصلين، أو من خلال النظر في مرجحات أخرى تعضد أحدهما؛ كما تقدم في دعوى الغاصب عيناً.

ومما يمكن التمثيل به هنا أيضاً، إذا ادعى العنّين الوطء في المدة، وهو سليم الذكر، والأنثيين، فالقول قوله قطعاً. مع أن الأصل عدم الوطء؛ لأن الأصل بقاء النكاح، واعتضد بظاهره أن سليم ذلك لا يكون عنّيناً، فلو كان خصياً، أو مجبوباً جرى فيه وجهات، والأصح تصديقه أيضاً؛ لأن إقامة البينة على الوطء تعسر، فكان الظاهر الرجوع إلى قوله، فلو ثبتت بكارتها، رجعت إلى تصديقها قطعاً؛ لاعتضاد أحد الأصلين بظاهر قوي[1].

وقد قال بعض الفقهاء: أنه قد يتعارض أصلان، ولا يتقدم أحدهما على الآخر؛ بل يعمل بكل منهما؛ كما لو طلق زوجته، ثم عاشرها، ومضت ثلاثة أقرؤ، انقضت عدتها في الطلاق البائن دون الرجعي على أشبه الأوجه، ولا رجعة له بعد مضي الأقراء، وإن حكم بأن العدة لم تنقض بها، أخذ بالإحتياط من الجانبين، ولو كان في جهةٍ أصل، وفي جهةٍ أصلان، فقيل بتقديم ذي الأصلين، وأنه لا يجري فيه الخلاف، وقيل بل يجري الخلاف في ذلك.[2]

ومما يتبع في التعارض، تعارض الظاهرين، ويمثل له بما إذا أقرت امرأة بالنكاح من رجل، وصدقها هذا المقر له بالزوجية فقيل: يقبل الإقرار؛ لأن الظاهر صدقها فيما تصادقا عليه، وقيل: إن كان باديين طولبا بالبينة؛ لمعارضة هذا

---

١. السيوطي ، الأشباه والنظائر، (١٤١- ١٤٦). الزركشي ، المنثور في القواعد ، (١/٣٣٠-٣٣٢).ابن الوكيل، الأشباه والنظائر ، تحقيق: الشويخ ، عادل عبدالله ، (مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الثانية١٤١٨هـ)، (١٥٨/٢، ١٦٩).وانظر: الرشيد، أحمد عبدالعزيز، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، رسالة ماجستير مقدمة لكلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، (٣٠٦-٣١٣).

٢. الزركشي، المنثور في القواعد، (١/٣٣٢-٣٣٥). وانظر: الرشيد، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، (٣١٥ـ ٣٢١).

الظاهر بظاهر آخر، وهو أن البلديين يعرف حالهما غالباً، ويسهل عليهما إقامـة البينة[1].

طائفة من الحدود

أ ـ "المدعي من يروم إثبات أمر خفي يريد به إزالة أمر جلي".[2]

ب ـ "أن المدعي من لا يستحق إلا بحجة كالخارج. والمدعى عليـه مـن يكون مستحقاً بقوله من غير حجة كذي اليد".[3]

ج ـ "أن المدعي هو الذي في قوله نعم، وبلى، وإيش. والمدعى عليه مـن في قوله لا، ولم، وما".

د ـ "المدعي هو الذي يقول ما يضر به غيره، وينفع به نفسه. والمـدعى عليه من يقول ما ينفع به نفسه، وإن لم يضر به غيره".[4]

هـ ـ "أن المدعي من قال قد كان، والمدعى عليه من قال لم يكن. لكـن نقض هذا التعريف بدعوى المرأة على زوجها الحاضر أنه لم ينفق عليها، وقـال هو أنفقت عليها، فهي مدعية وهو مدعى عليه".[5]

ويظهر لي أنه يرد كذلك على التعريف الثالث.

و ـ "أن المدعي من يثبت شيئاً، والمدعى عليه من ينفي شيئاً".[6]

ح ـ قال الشافعي (رحمه الله تعالى): "أصل معرفة المدعي، والمـدعى عليه؛ أن ينظر إلى الذي الشيء في يديه، يدعيه هو، وغيره، فيجعل المدعي الذي نكلفه البينة، والمدعى عليه الذي الشيء في يديه، ولا يحتاج إلى سبب يدل علـى

---

١. السيوطي، الأشباه والنظائر، (١٥٤). وانظر: ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهيـة، تحقيـق: الفقي، محمد حامد، (مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية١٤٠٤هـ)، (٢٣٨).

٢. الطرابلسي، معين الحكام، (٥٣).

٣. ابن الهمام، فتح القدير، (١٤٤/٧).

٤. السمناني، روضة القضاة ، (١٦٥/١-١٦٦). ابن الغرس، الفواكة البدرية، (٦٣).

٥. التسولي، البهجة في شرح التحفة، (٢٦/١).

٦. ابن أبي الدم، أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله، أدب القضاء، (١٨٥).

صدقه بدعواه إلا قوله. وهكذا إن ادعى عليه ديناً، أو أي شيء ما كان، كلف فيه البينة، ودعواه في ذمة غيره، مثل دعواه شيئاً قائماً بعينه في يدي غيره".[1]

الرأي المختار

يرى فقهاء الحنفية أن معرفة الفرق بين المدعي، والمدعى عليه، من أهم ما تبنى عليه مسائل الدعوى، ومع المحاولات العديدة للتفريق بينهما بضابط يضطرد، ويكون مرجعاً للتمييز بينهما، إلا أنهم رأوا أن الشأن في التفرقة، والترجيح يرجع للحذاق من الفقهاء، باعتبار المعاني دون الصور؛ خاصة عندما يتعارض حالان استصحاب أحدهما يضاد استصحاب الآخر، فيقع الإشكال، ويختلف أهل النظر في تمييز المدعي، من المدعى عليه، ويفتقر كل واحد منهما إلى ترجيح الحالة التي استصحبها.[2]

وأما فقهاء المالكية، فيأخذون بقول سعيد بن المسيب (رحمه الله): من عرف المدعي من المدعى عليه، فقد عرف وجه القضاء، أو لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما.

ويرون أن علم القضاء يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، لأنه أصل مشكل، ولم يختلفوا في حكم ما لكل واحد منهما (وكذلك الفقهاء الآخرون)؛ لكنهم اختلفت عباراتهم في تحديد كل واحد منهما، وتمييزه عن الآخر، بل يذهبون إلى أن المدعي قد ينقلب مدعى عليه؛ لقيام سبب أقوى من سبب خصمه؛ سواء كان السبب حقيقياً، أو عرضياً.

ومع قولهم بأن المتمسك بالأصل هو المدعى عليه، إلا أنه يتعارض النظر في كثير من المسائل من هو المتمسك بالأصل من الخصمين، كما تقدم، ومما اتفقوا على الترجيح به؛ القضاء بالنكول، واعتباره في الأحكام، فهو رجوع إلى

---

١. الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، خرجه، مطرجي، محمود، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى)، (٢٢٣/٦).

٢. ابن الهمام، فتح القدير، (١٤٤/٦). الطرابلسي، معين الحكام، (٥٤). وانظر: ابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٤٠٠/٧-٤٠١).

القرينة الظاهرة، وقدم على أصل براءة الذمة، ولكن قد يختلف النظر في تحقيـق حصول ذلك المرجح في صورة النزاع.[1]

وذهب الشافعية إلى مثل ذلك، وخاصة عند حديثهم عـن التعـارض بـين أصلين، أو أصل، وظاهر، أو ظاهرين، على ما تقدم.[2]

ولم يبعد الحنابلة من ذلك، فهم يرون أن كلاً من المدعي، والمدعى عليه قد يكون كل واحد منهما مدعياً، ومدعى عليه؛ بأن يختلفا في العقد، فيدعي كل واحد منهما أن الثمن غير الذي ذكره صاحبه.[3]

وبالنظر إلى موقف المتأخرين من الاختلافات السابقة في تحديـد مفهـوم مستقل لكل من المدعي، والمدعى عليه. فقد رجح بعضهم تعريفاً علـى غيـره؛ بحجة أنه هذا أسلم، أو أن هذا أضبط، وإن كانت هذه المسألة من الصعوبة بمكان؛ حيث اتفقت المذاهب على أنه قد يعرض من الأحوال ما يجعل المدعي، والمدعى عليه كل منهما مدعياً، ومدعى عليه، وقد ينقلب الحال، فيكون المدعي في الحقيقة مدعى عليه، والعكس صحيح وهكذا.

ذهب بعض المحققين إلى اختيار القول بأن المدعي؛ هو من تخالف دعواه الظاهر؛ لأنه الأشهر عند الفقهاء، و به قال أكثرهم.[4]

وذهب البعض الآخر إلى أن المشهور فيه تعريفان؛ الأول هو؛ أن المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه بخلافه. والثـاني مـن إذا سـكت تـرك وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلي إذا سكت، والأول أشهر، والثاني أسلم، مـع أنه قد أورد على الأول بأن المودع إذا ادعى الرد، أو التلف، فإن دعواه تخـالف الظاهر، ومع ذلك فالقول قوله.[5]

---

١. التسولي ، البهجة في شرح التحفة ، (١/ ٢٥). ابن جزي ، القوانين الفقهية، (٣٢٠). ابن فرحون ، تبصرة الحكام، (١/ ١٠٥). حاشية الخرشي، (٧/ ٥٠٢). النفراوي ، الفواكه الدواني، (٢/ ٢٩٨).

٢. السيوطي ، الأشباه والنظائر، (١٤٠- ١٤١).

٣. ابن قدامة ، المغني، (١٤/ ٢٧٥). شرح الزركشي على مختصر الخرقي ، (٧/ ٣٩٧).

٤. الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار، تحقيق: زايد، محمود إبراهيم، وزارة الأوقـاف المـصرية ١٤١٥هـ ـ، (١٣١/٤ ـ ١٣٢). والشوكاني، نيل الأوطار، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى، (٨/ ٣٠٥).

٥. ابن حجر ، فتح الباري ، (٥/ ٣٤٨).

والذي يظهر لي أن مسألة الترجيح هنا هي من المسائل الضيقة؛ حيـث أن جهابذة العلماء حصل لهم اختلاف واسع فيها؛ بل ذهب بعضهم إلى أن أمر التمييز يرجع فيه إلى القضية كما تقدم.

وهذا ما يجعلني أذهب إلى أن أمر التمييز بين المدعي والمدعى عليه مـن الأمور الظنية التي يظن تحقق أسبابها ووقوعها بظنون متفاوتة في القوة والضعف وهي أنواع عند العلماء؛ منها استصحاب الأصول؛ كاليد، فهي ظاهرة في استحقاق ذي اليد، وكما تقدم قد تتعارض الأصول، والظاهر، ويختلف العلماء في تـرجيح أحدهما على الآخر لا من جهة كونه استصحاباً؛ بل لمـرجح ينـضم إليـه مـن الخارج.[1]

وقد ذهب بعض المعاصرين إلى ترجيح الحد الأول؛ وهو أن المدعي مـن إذا تَرك تُرك، والمدعى عليه من إذا تَرك لم يترك، على اعتبار أنه أصح ما قيـل في تعريف المدعي، والمدعى عليه وأحسن، وكونه أكثر المعايير انضباطاً.[2]

وهو الرأي الأوجه، والأقرب، والذي إليه أذهب، مع الأخذ بعين الاعتبـار الحد الثاني، فهو المشهور عند الفقهاء، ومنضبط في الجملة؛ لكنه يحتاج إلى جهد، وتأمل؛ خاصة في مسائل التعارض، لذا فإن لفهم القاضي، واستيعابه مدخلاً مهماً في الوصول للجانب الراجح؛ كما نبه على ذلك الفقهاء.

استثناء من قاعدة الدعاوى

التفريق بين المدعي، والمدعى عليه ليس من باب الترف العلمي؛ بل ذلـك راجع لأهميته؛ كما تقدم، فهو ينطلق من قاعدة الدعاوى، كما جاء في حديث ابـن عباس المتقدم؛ لكن هذه القاعدة ليست على إطلاقها، فقد نص بعض الفقهاء علـى أن قاعدة الدعوى خولفت في خمسة مواطن يقبل فيها قول الطالـب؛ (أحـدها): اللعان الذي يقبل فيه قول الزوج؛ لأن العادة أن الرجل ينفي عن زوجته الفواحش،

---

١. ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مـصالح الأنـام، مؤسـسة الريـان، بيـروت ١٤١٠هـ، (٢/ ٢٢٢).

٢. قراعة ، الأصول القضائية، (٦). ياسين، نظرية الدعوى، (١٨٩- ١٩٠). عليان ، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية ، (١٤- ١٦).

فحيث أقدم على رميها بالفاحشة، مع أيمانه أيضاً قدمه الشرع. (وثانيها): القسامة التي يقبل فيها قول الطالب لترجحه باللوث. (ثالثها): قبول قـول الأمنـاء فـي التلف؛ لئلا يزهد الناس في قبول الأمانات، فتفوت مصالحها المترتبة على حفـظ الأمانات. (رابعها): يقبل قول الحاكم في التجريح، والتعـديل، وغيرهـا مـن الأحكام؛ لئلا تفوت المصالح المترتبة على الولاية للأحكام. (وخامسها): قبـول قول الغاصب في التلف مع يمينه؛ لضرورة الحاجة، ولئلا يخلد في الحبس.[1]

أطراف الدعوى في القانون الوضعي

ينص القانونيون على أن كل خصم في الخصومة؛ إما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه.[2] ولذا فيعرف البعض منهم المدعي؛ بأنه "هو رافع الدعوى، أو البادئ في المطالبة القضائية، سواء أكان شخصاً طبيعياً، أم اعتبارياً، وسواء أكان واحداً، أم متعدداً". والمدعى عليه "هو المشكو منه ابتداء، المراد الحكم عليه، ولا يتغيـر وصفه في الدعوى الأصلية؛ حتى ولو شكا بدوره من المدعي، فإن ما قد يطلـب الحكم له به على المدعي؛ يسمى دعاوى المدعى عليه.[3]

وهذا التعريف مبني على معيار إجرائي هو الطلب القضائي، ولـذا فـإن هناك جانباً من الفقه تقلد النظرية الإجرائية في تعريف الخصوم، لكن هذا التعريف يقوم على التمييز بين أطراف الخصومة من ناحية، وأطراف الحق الموضـوعي، وحق الدعوى من ناحية أخرى.

وقد تجتمع لشخص المراكز الثلاثة؛ كمن يطالب مدينه قضاء بحق مستحق له، ولكنها قد تنفصل عن بعضها، فيكون الشخص خصماً وله صفة في الـدعوى دون أن يكون طرفاً في الحق الموضوعي محل الدعوى. ويتحقق هذا في فرضين:

الأول: إذا كان للشخص صفة غير عادية في الدعوى تجيز لـه المطالبـة بحق لغيره؛ مثل الدعوى غير المباشرة التي يرفعها الدائن على مدين المدين.

---

١. القرافي، الفروق، (٧٦/٤).

٢. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٤٣٧).

٣. مسلم، أصول المرافعات، (٣١٣).

الثاني: إذا تبين عدم وجود الحق المدعى (للوفاء به مثلاً)، وحكم برفض الدعوى، فإن هذا لا ينفي صفته في الدعوى، ولا وصفه خصماً.

وكذلك فإن الشخص قد يكون خصماً دون أن يكون طرفاً في حق الدعوى؛ كما لو طالب شخص باسمه بحق أخيه، إذ يحكم بعدم قبـول الـدعوى؛ لانعـدام الصفة، دون أن ينفي هذا اعتباره خصماً في الخصومة التي يـصدر فيهـا هـذا الحكم.

لكن هذا الاتجاه السائد لا يعترف بهذا الوصف للمثل الإجرائي قِبلَ الولي، أو الوصي الذي يباشر الخصومة باسم القاصر؛ باعتبار أن الخصم في هذه الحالة هو الأصيل الذي يقدم الطلب باسمه، أو في مواجهته.[1]

وميز بعض الفقه (القانوني) على أساس النظرية الثنائيـة بـين الخـصم بالمعنى الشكلي، أو الإجرائي، والخصم بالمعنى الموضوعي، فـاعتبر بعـضهم الطرف في الدعوى خصماً بالمعنى الشكلي، بينما اعتبره البعض الآخـر خـصماً بالمعنى الموضوعي.

ويظهر اتجاه ثالث على أساس نظرية ثلاثية للخصم:

فالأول: هو شخص الإجراءات؛ أي من يباشرها، أو يـدعى لمباشـرتها، بصرف النظر عما إذا كان الإدعاء باسمه أو لا، طالما كان طرفاً غيـر محايـد، ويعتبر الممثل الإجرائي خصماً بهذا المعنى، كما في قواعد الحضور والإعلان.

والثاني: هو شخص الآثار الإجرائيـة؛ أي مـن تـسند إليـه الحقـوق، والواجبات، والأعباء المترتبة على الإجراءات، دون أن تمس الرابطة الموضوعية المتنازعة، وهو بهذا يوافق النظرية الإجرائية في تعريف الخصم كما تقدم.

والثالث: هو شخص آثار الحكم؛ أي من تسند إليه آثار الحكم؛ مثل حجيـة الأمر المقضي، وهذه تستند إلى أطراف الرابطة الموضوعية الذين اشتركوا فـي الخصومة، أو مثلوا فيها دون غيرهم.[2]

---

١. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٤٣١-٤٣٢).

٢. المرجع السابق، (٤٣١ـ٤٣٢).

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على التفريق بين المدعي والمدعى عليه

هناك العديد من الآثار المترتبة على التفريق بين كلٍ من المدعي، والمدعى عليه.[1] ولعله من المستحسن صياغتها في النقاط التالية:

أولاً: عبء الإثبات:

لعل أول ما يطالعه الناظر في النصوص الشرعية، هو بيان على من يقع عبء الإثبات؛ كما جاء في خبر ابن عباس المتقدم: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر).[2]

وطُبِقَ ذلك الأمر عملياً في زمن النبوة؛ كما جاء عن الأشعث بن قيس[3]، فقد روى عن ابن مسعود (ε) قال رسول الله (ε): (من حلف على يمين وهو فيها فاجر ليقتطع بها مال امرئ مسلم، لقي الله وهو عليه غضبان). قال: فقال الأشعث: في والله كان ذلك؛ كان بيني وبين رجل من اليهود أرض، فجحدني، فقدمته إلى النبي (ε) فقال (ε): (ألك بينة) قلت: لا . قال: فقال لليهودي: (احلف) قال: قلت: يا رسول الله؛ إذاً يحلف، ويذهب بمالي، فأنزل الله تعالى:{إِن الَّذِين يشْتَرون بِعهدِ اللهِ وَأيمانِهم ثَمناً قَلِيلاً أُولَئِك لاَخَلاَقَ لَهم فِي الآخِرةِ ولاَ يكَلِّمهم اللهُ ولاَ ينْظُر إِلَيهِم يوم الْقِيامةِ ولاَ يزكِيهِم ولَهم عذَاب أَلِيم}[4]. رواه البخاري ومسلم.[5]

قال شيخ الإسلام ابن تيمية (رحمه الله): "طائفة من فقهاء الكوفة مثل أبي حنيفة، وغيره، فإنهم يرون اليمين دائماً في جانب المنكر؛ حتى في القسامة يحلفون

---

١. الرضيمان، عبد العزيز صالح، الأثار المترتبة على التفريق بين مصطلح المدعي والمدعى عليه، (مجلة العدل، عدد (١٦) شوال ١٤٢٣هـ، وزارة العدل، بالمملكة العربية السعودية، الرياض)، (١٤٨-١٦٢).

٢. سبق تخريجه، (٣٦)

٣. هو الصحابي ابومحمد، الأشعث بن قيس بن معديكرب بن معاوية بن جبلة الكندي، وفد على النبي صلى الله عليه وسلم سنة عشر، وكان من ملوك كندة وأخرج له البخاري ومسلم، مات وله ثلاث وستون سنة. انظر: ابن حجر، أحمد بن علي، الإصابة في تمييز الصحابة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، الطبعة الأولى، (٥٨).

٤. سورة آل عمران، آية رقم (٧٧).

٥. رواه البخاري في صحيحه، كتاب الخصومات، باب كلام الخصوم بعضهم في بعض برقم (٢٤١٦- ٢٤١٧). ورواه مسلم في صحيحه في كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار برقم (١٣٨)، (٨٣) مع اختلاف في المدعى عليه.

المدعى عليه، ولا يقضون بالشاهد، واليمين، ولا يرون اليمين على المدعي عند النكول. وأما سائر علماء الملة من أهل المدينة، ومكة، والشام، وفقهاء الحديث، وغيرهم، فتارة يحلفون المدعي، وتارة يحلفون المدعى عليه؛ كما جاءت بذلك سنن رسول الله (ε)، والأصل عند جمهورهم، أن اليمين مشروعة في أقوى الجانبين، والبينة عندهم اسم لما يبين الحق. وقد ثبت عن النبي (ε) أنه طلب البينة من المدعي، واليمين من المنكر في حكومات معينة، ليست من جنس دعاوى التهم.[1]

قال ابن المنذر (رحمه الله): ومعنى قوله (ε) البينة على المدعي: أن المدعي يستحق بها، لا أنها واجبة عليه يؤخذ بها، وكذلك قوله (ε): (واليمين على المدعى عليه)؛ أي يبدأ بها، لا أنه يؤخذ بها على كل حال.[2]

فالأصل أن عبء الإثبات يقع على المدعي؛ لأنه يدعي على خلاف الأصل، وهو براءة ذمة المدعى عليه، فكان جانبه أضعف، فقوي بالبينة؛ أما المدعى عليه، فهو متمسك بأصل البراءة، وهو مما يقوي جانبه، فكانت اليمين في جانبه معضدة لأصل البراءة.

وعلى ضوء النصوص، فإنه لا يقبل الإدعاء بدون دليل، وإلا تطاول الناس على الأعراض، وطالبوا بأموال الآخرين، واعتدوا على الأنفس، والأرواح، والأموال، فكل إدعاء يحتاج إلى دليل، وكل قول لا يؤخذ به إلا بالحجة، والبرهان، وكل حق يبقى ضعيفاً، مهدداً بالضياع، مجرداً عن كل قيمة، إذا لم يدعم بالإثبات، ويصبح الحق عند المنازعة فيه؛ هو والعدم سواء، ولذلك قال بعض العلماء: إن الدليل فدية الحق.[3]

ثانياً: وجوب حضور الخصم (المدعى عليه)

---

١. ابن تيمية، مجموع الفتاوي، (٣٥/٣٩١-٣٩٣). بتصرف. وانظر حديث ابن مسعود كما في الهامش السابق .

٢. ابن المنذر، الإقناع، (٥١٦/٢).

٣.الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، (٣٤/١).

"أوجب الله تعالى على من دعي للتحاكم إلى شرعه الإذعان، والاستجابة، ونهى عن التشبه بالمنافقين؛ حيث قال عز من قائل:{ وإِذَا دعوآ إِلَى اللهِ ورسولِهِ لِيحكُم بينَهم إِذَا فَرِيقٌ منْهم معرِضون. وإِن يكُن لهم الْحق يأْتُوآ إِلَيهِ مذْعِنِين. أَفِي قُلُوبِهِم مرض أَمِ ارتَابوآ أَم يخَافُون أَن يحِيفَ اللهُ علَيهِم ورسولُه بلْ أُولَئِك هم الظَّالِمون}.[1]

قال ابن العربي[2](رحمه الله): وهذه الآية دليل على وجوب إجابة الدعوى إلى الحاكم؛ لأن الله سبحانه، وتعالى ذم من دعي إلى رسول الله ليحكم بينه وبين خصمه، فلم يجب بأقبح المذمة. وقد بينا في أصول الفقه؛ أن حد الواجب ما ذم تاركه شرعاً. وقد روى الحسن (البصري) [3] أن رسول الله (ε) قال : (من دعي إلى حاكم من المسلمين فلم يجب فهو ظالم ولا حق له)[4]. وهو حديث باطل

---

١. سورة النور، آية رقم (٤٨- ٥٠).

٢. هو الإمام العلامة الحافظ القاضي أبو بكر محمد بن عبدالله ابن العربي الأندلسي الإشبيلي المالكي صاحب التصانيف، منها عارضة الأحوذي في شرح جامع الترمذي، وفسر القرآن المجيد فأتى بكل بديع، ولد سنة ٤٦٨هـ، وتوفي سنة ٥٤٣هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (٣٥٣١/٣).

٣. هو الحسن بن أبي الحسن يسار، أبو سعيد مولى زيد بن ثابت الأنصاري وأم الحسن كانت مولاة لأم سلمة أم المؤمنين، ولد لسنتين بقيتا لخلافة عمر واسم امه خيرة، وكان سيد أهل زمانه علماً وعملاً، توفي سنة ١١٠هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء، (١٤٥٦/١).

٤. رواه البزار في مسنده المعروف بالبحر الزخار برقم (٣٥٧٣)، (٤٩/٩-٥٠) وقال: هذا الحديث لانعلم أحداً يرويه عن النبي صلى الله عليه وسلم متصل الإسناد إلا من هذا الوجه عن عمران بن حصين، وقد رواه غير واحد عن الحسن مرسلاً، وأسنده روح بن عطاء عن أبيه، وروح لين الحديث، وعطاء مشهور بصري روى عنه خالد الحذاء، وشعبة، وغيرهما. (وفي اسناد البزار لهذا الحديث رجل لم يسم). وقد رواه أيضاً الطبراني في المعجم الكبير برقم (٦٩٣٩)، (٢٢٥/٧). وأورده الهيثمي في كشف الأستار برقم (١٣٦٢-١٣٦٣)، (١٢٩/٢-١٣٠) لكنه لم يعلق عليه بشيء. وأورده أيضاً في مجمع الزوائد ومنبع الفوائد برقم (٧٠١٩-٧٠٢٢)، (٣٥٧/٤-٣٥٨) وأسنده للبزار والطبراني في الكبير، وأعله بروح بن عطاء وقال: هو ضعيف، ضعفه الأئمة، ووثقه ابن عدي. وأعل طريقاً أخرى للبزار وقال: فيها يوسف بن خالد السمتي، وهو ضعيف. وطريقاً أخرى للطبراني في الكبير وقال: في اسناده مساتير. وقد قال ابن أبي حاتم في علل الحديث برقم (١٤٠٧)، (٣٤٨/٢): سألت أبي عن حديث رواه ... وذكر الحديث، ثم قال: قال أبي: هذا حديث منكر. (ويوسف بن خالد السمتي كذبه غير واحد من الأئمة، وقال عنه الحافظ ابن حجر: تركوه. انظر : تهذيب التهذيب ترجمه رقم (٩٠٧٠)، (٢٥٩/٦-٢٦٠). وتقريب تهذيب التهذيب ترجمة رقم (٧٩١٨)، (١٠٩٣)) . (وأما روح بن عطاء بن أبي ميمونة فقد قال عنه الإمام أحمد: منكر الحديث. وقال ابن عدي: ماأرى به بأساً. وذكره ابن حبان في الثقات وقال: كان يخطئ. وذكره الساجي في الضعفاء. وقال البزار : ليس بالقوي. وقال ابن الجارود: ضعيف. انظر : ابن حجر لسان الميزان ترجمة رقم (٣٤٠٣)، (٥٧٥/٢)). فالحديث باطل رواية وأما المعنى ففيه تفصيل كما قال ابن العربي رحمه الله.

فأما قوله ظالم فكلام صحيح، وأما قوله: لا حق له فلا يصح. ويحتمل أن يريد به أنه على غير الحق.[1]

ثالثاً: القضاء بالنكول على المدعي عليه

إذا ادعى المدعي على المدعى عليه، ثم أنكر المدعى عليه ما ادعى عليه به، فإنه يتوجب على المدعي إقامة البينة على صحة ما ادعى به، فإن عجز، أو لم يكن له بينة أصلاً، توجهت اليمين إلى المدعى عليه، فإن حلف اليمين استحق المدعى فيه وانقضت بذلك الدعوى. فإن امتنع المدعى عليه عن حلف اليمين، قضي عليه بنكوله. ولعل ذلك يفهم من حديث ابن عباس (ψ) المتقدم: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر).[2]وحديث وائل بن حجر[3](τ) أن النبي (ε) قال للكندي: (ألك بينة، قال: لا. قال: فلك يمينه، فقال: يا رسول الله الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع من شيء، فقال: ليس لك منه إلا ذلك).[4]

وإلى هذا الرأي ذهب الحنفية، والحنابلة، وقالوا: "إن قضى أول ما نكل جاز، والأولى أن يعرض عليه اليمين ثلاثاً، ويثبت النكول بقوله، وبالسكوت، إلا أن يكون به خرس، أو طرش، ولا ترد اليمين على المدعي".[5]

---

١. ابن العربي، أحكام القرآن، (٣/ ٤٠٧).

٢ . سبق تخريجه، (٣٦).

٣ . هو وائل بن حجر بن سعد بن مسروق بن وائل الحضرمي أبو هنيدة ويقال: أبو هند الكندي، وقيل غير ذلك في نسبه. صحابي جليل روى عن النبي صلى الله عليه وسلم. قدم على النبي صلى الله عليه وسلم، فأقطعه القطائع، وكتب له عهداً، سكن الكوفة، قيل: كان بقية أولاد الملوك من حضرموت، وقيل: بشر به النبي صلى الله عليه وسلم قبل قدومه، مات في ولاية معاوية بن سفيان رضي الله عنهما. انظر: ابن حجر، تهذيب التهذيب، (٦/٧١ -٧٢).

٤. رواه مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، باب وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، برقم (١٣٩)، (٨٤).

٥. الموصلي، عبد الله محمود مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: أبو دقيقة، محمود، دار المعرفة، بيروت ١٣٩٥هـ، (٣/١١٠-١١١). ابن قدامة، المغني، (١٤/٢٣٣-٢٣٥). ابن القيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، أعلام الموقعين عن رب العالمين، عناية: إبراهيم، محمد عبد السلام، (دار الكتب العلمية ،بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ)، (٣/٣٠٥-٣٠٦).

وذهب المالكية إلى القول برد اليمين على المدعي، ويقضى على المدعى عليه بقوله؛ فيما يثبت بشاهد، ويمين، وشاهد، وامرأتين، وهي قضايا الأموال على وجه العموم.[1]

وذهب الشافعية إلى قول المالكية؛ لكنهم لم يخصوه بحق معين؛ بل قالوا: "ترد اليمين على المدعي، ويقضى على المدعى عليه بنكوله في جميع الأشياء". فهم يرون أن يمين المدعي مع نكول المدعى عليه كالإقرار.[2]

وتقرير القول في المسألة معروف في مظانه، وليس مقصوداً هنا.

القضاء بالنكول في نظام المرافعات الشرعية

ينص النظام على أنه لا تكون اليمين، ولا النكول عنها إلا أمام قاضي الدعوى في مجلس القضاء، ولا اعتبار لهما خارجه،ما لم يوجد نص يخالف ذلك.[3]

ويبين أنه يجب على من دعي للحضور للمحكمة لأداء اليمين أن يحضر، فإن حضر، وامتنع دون أن ينازع من وجهت إليه اليمين؛ لا في جوازها، ولا في تعلقها بالدعوى، وجب عليه ـ إن كان حاضراً بنفسه ـ أن يحلفها، أو يردها على خصمه، وإن تخلف بغير عذر عد ناكلاً كذلك. ولا يعد الممتنع عن أداء اليمين ناكلاً حتى ينذر ثلاث مرات، ويدون ذلك في الضبط.[4]

---

١. ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله، الاستذكار، تعليق: عطا، سالم محمد، ومعوض، محمد علي، (مكتبة عباس، أحمد الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى١٤٢١هـ)، (١١٥/٧). ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: ولد كريم، محمد عبد الله، (دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٩٢م)، (٨٩٤/٣-٨٩٥).

٢. الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج، (دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٤هـ)، (٣٤٧/٨). الحصني، أبو بكر بن محمد، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، (إدارة إحياء التراث الإسلامي، قطر الطبعة الرابعة)، (٥١٥/٢ـ٥١٦). وانظر: ابن هبيرة، أبو المظفر يحيى بن محمد ، الإفصاح في معاني الصحاح، (المؤسسة السعيدية بالرياض١٣٩٨هـ)، (٢/ ٣٦٨). القنوجي، محمد صديق حسن خان، الروضة الندية، تحقيق: حلاق، محمد صبحي حسن، (دار الأرقم، بريطانيا، الطبعة الثانية١٤١٣هـ)، (٥٥٩/٢-٥٦٠).

٣. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ١٠٨). وانظر: عبدالتواب، معوض، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض، الطبعة الأولى١٤٢٥هـ/٢٠٠٥م، (٤٢٧_٤٢٨).

٤. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ١٠٩). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ١٠٩/ ١). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٤٢٧،٤٢٨).

فإذا كان لمن وجهت إليه اليمين عذر يمنعه عن الحضور لأدائهـا فينتقـل القاضي لتحليفه، أو تندب المحكمة أحد قضاتها، أو الملازمين القضائيين فيها، فإذا كان من وجهت إليه اليمين يقيم خارج نطاق اختصاص المحكمة، فلها أن تستخلف في تحليفه محكمة محل إقامته، وفي كلا الحالين يحرر محضر بحلف اليمين يوقعه الحالف، والقاضي المستحلف، أو المندوب، والكاتب، ومن حضر من الخـصوم، فإن امتنع من وجهت إليه اليمين عن أدائها، فينذر ثلاثاً، ويحرر محـضر بـذلك، ويعاد إلى ناظر القضية لتقرير ما يلزم شرعاً.[1]

رابعاً: التغيب عن الحضور

وهذا الأثر يختلف حكمه باختلاف من صدر منه التغيـب عـن حـضور الجلسات؛ سواء كان مدعياً، أو مدعى عليه، ولذا فالمدعى عليه إذا تغيـب عـن مجلس القاضي يمكن إحضاره، أو الحكم عليه غيابياً؛ كما هو مذهب الجمهور.[2]

وفي التنظيم القضائي الصادر في نظام المرافعات الشرعية زيادة تفـصيل. فإذا تبلغ المدعى عليه لشخصه، أو وكيله، الشرعي في القـضية نفـسها بموعـد الجلسة، ثم غاب عن الجلسة الأولى، فيؤجل النظر في القضية إلى جلسة لاحقـة يبلغ بها المدعى عليه، فان غاب عن هذه الجلسة، أو غاب عن جلسة أخرى دون عذر تقبله المحكمة، فتحكم المحكمة في القضية، ويعد حكماً في حق المدعى عليه غيابياً، ما لم يكن غيابه بعد قفل باب المرافعة في القضية، فيعد الحكم حـضورياً، أو كان قد أودع هو، أو وكيله مذكرة بدفاعه للمحكمة قبل الجلسة، فيعد الحكم في حقه أيضاً حضورياً؛ سواء كان غيابه قبل قفل باب المرافعة، أم بعده.[3]

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ١١٠). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ١١٠/ ٢). ولنظر: عبدالتواب، المرجع في نظـام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٤٢٧_٤٢٨).

٢. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٥/١). الهيتمي، تحفـة المحتـاج، (١٦٣/١٠). ابـن قدامـة، الـشرح الكبيـر، (٥٢٤/٢٨). شرح الزركشي، (٤٨٤/٦- ٤٨٧). ابن حزم، المحلي، (٤٣٤/٨). ولنظر: الزحيلـي، الفقـه الإسـلامي وأدلته. (٥١١/٦، ٥١٢).

٣. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٥). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ١/٥٥). ولنظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظـام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٥٧ـ ٢٦٠).

فإن كان التبليغ لغير شخصه، ولم يحضر، فيؤجل النظر في القضية إلى جلسة لاحقة، ويعاد التبليغ، فإن غاب، فكما سبق تفصيله، ويخضع الحكم في الحالين لتعليمات التمييز.[1]

أما إذا تعدد المدعى عليهم، وكان بعضهم قد أعلن لشخصه، وبعضهم الآخر لم يعلن لشخصه، وتغيبوا جميعاً، أو تغيب من لم يعلن لشخصه، وجب على المحكمة في غير الدعاوى المستعجلة، تأجيل النظر في الدعوى إلى جلسة تالية، يعلن المدعي بها من لم يعلن لشخصه من الغائبين، ويعد الحكم في الدعوى حكماً حضورياً في حق المدعى عليهم جميعاً.

أما القضايا المستعجلة؛ فإذا كان الإعلان لشخص بعض المدعى عليهم، ثم لم يحضر منهم أحد، فعلى القاضي نظر الدعوى، والحكم فيها.[2]

وكل حكم حصل في غياب المحكوم عليه، يخضع لتعليمات التمييز؛ سواء اعتبر الحكم حضورياً، أم غيابياً، فإذا اعتبر الحكم غيابياً، فالغائب على حجته إذا حضر. ويكون الحكم الحضوري فيما سبق قطعياً، بتصديقه من محكمة التمييز، وغير قابل لإلتماس إعادة النظر فيه؛ بسبب غياب المحكوم عليهم، أو بعضهم.[3]

ولا يعد غائباً من حضر قبل الميعاد المحدد لانتهاء الجلسة بثلاثين دقيقة. على أنه إذا حضر، والجلسة لازالت منعقدة، فيعد حاضراً.[4]

وأما المدعي، فغيابه عن الدعوى يرجع لقول الفقهاء؛ بأنه إذا تَرك تُرك، ولم يطالب بشيء؛ كما مضى في بيان حد المدعي، والمدعى عليه؛ لكن جاء تفصيل أكثر في الموقف من غياب المدعي في نظام المرافعات الشرعية. فإذا غاب المدعي عن جلسة من جلسات المحاكمة، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب

---

١. لائحة نظام المرافعات الشرعية التنفيذية، (م/ ٥٥/ ٢). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٦٠ـ ٢٦١).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٦). ولائحة النظام التنفيذية، (م/٥٦/٣). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٦٦_٢٦٧).

٣. لائحة نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٦/٤ـ ٥). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٦٤ـ ٢٦٥).

٤. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٧). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٦٦ـ ٢٦٧).

الدعوى، وله بعد ذلك أن يطلب استمرار النظر فيها حسب الأحوال، وفـي هـذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها، وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإذا غاب المـدعي ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة تشطب الدعوى، ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة. ويعد المدعي غائباً أيضاً؛ إذا حـضر قبـل نهاية الجلسة بأقل من نصف ساعة، ولم تكن الجلسة منعقدة.[1]

في الحالتين السابقتين، إذا حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنهـا المدعي، فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى، والحكم في موضـوعها، إذا كانت صالحة للحكم فيها. وفي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم فيها، ويعـد هذا الحكم غيابياً في حق المدعي. ويخضع الحكم حال غياب المـدعي لتعليمـات التمييز؛ ما لم يحكم له بكل طلباته.[2]

خامساً: الدعوى الكيدية

ينص نظام المرافعات الشرعية في مادته الرابعة على أنه إذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية، فإن عليه رفضها، وله عند ذلك الحكم على المدعي بنكال.[3]

وهذا الأمر مرهون بثبوت ذلك عند ناظر القضية، فمتى ما ثبت لديه كون دعوى المدعي لا مصلحة من ورائها، وإنما المقصود منها الكيد للمدعى عليه، فإن القاضي يقوم برد الدعوى، أو برفضها، ثم إن له أيضاً النظر في مـسألة تعزيـر المدعي على ما صدر منه، وهو أمر تقديري يرجع التقدير فيه للقاضـي المعنـي بالقضية، وتقدير المصلحة في ذلك.[4]

وقد كانت الدعوى الكيدية قبل نظام المرافعات الشرعية تخضع لما يـسمى بقواعد الحد من آثار الشكاوى الكيدية، والدعوى الباطلة، وكان مما تضمنته:

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٣). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ٥٣/ ١). وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظـام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٢٣٨ـ٢٣٩).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٥٤). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ٥٤/ ٢). وانظر: المليحي ، ملامح النظام القضائي السعودي في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد، (١٦). وعبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الـشرعية فـي المملكة العربية السعودية، (٢٥٦).

3. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٤) .

٤. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (٥/٤- ٨/٤). وانظر: عبدالتواب، المرجع فـي نظـام المرافعـات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٣٩ـ٤١).

أن من قدم شكوى في قضية منتهية بحكم، أو قرار يعلمـه، وأخفـاه فـي شكواه، فيجوز إحالته للمحكمة المختصة لتقرير تعزيره.

ومن اعترض على حكم، أو قرار نهائي مكتسب القطعية بقناعة، أو تدقيق من جهات الإختصاص، وثبت لدى المحكمة أنه لم يقدم وقائع جديـدة تـستوجب إعادة النظر في الحكم، أو القرار، فيؤخذ التعهد اللازم عليه في المرة الأولى بعـد الإعتراض على الحكم، أو القرار، فإذا تكرر منه ذلـك، يحـال إلـى المحكمـة المختصة، للنظر في تعزيره.

ومن تقدم بدعوى خاصة، وثبت للمحكمة كذب المدعي في دعواه، فللقاضي أن ينظر في تعزيره، وللمدعى عليه المطالبة بالتعويض عما لحقـه مـن ضـرر بسبب هذه الدعوى.[1]

سادساً: ترك الخصومة

تقدم تفريق الفقهاء بين المدعي والمدعى عليه، وأن المدعي هـو مـن إذا ترك الخصومة، تُرك وشأنه؛ لأن الدعوى حق له، ولا يجبر الشخص على أخـذ حقه. والمدعى عليه بخلافه، وهو من إذا ترك الخصومة أجبر عليها، ولا حق له في الترك؛ لأنه مطلوب؛ فإما أن يؤدي، أو يثبت براءة ذمته.[2]

وترك الخصومة لدى شراح القوانين الوضعية؛ هو إعلان المدعي إرادتـه في النزول عن الخصومة، بغير حكم في موضوع الدعوى.[3]

وقد يجد المدعي رغم أنه هو الذي بدأ الخصومة، أن من مصلحته إنهاءها دون حكم في الدعوى. كما لو رفع دعوى أمام محكمة غير مختصة. فيكون مـن مصلحته اقتصاداً في الوقت، والمصاريف، أن يترك الخصومة ليبـدأ خـصومة جديدة بإجراءات صحيحة، أو أمام المحكمة المختصة.[4]

---

1. قرار مجلس الوزراء رقم ٩٤ وتاريخ ٢٥/ ٤/ ١٤٠٦هـ. والمعمم بخطاب وزير العدل رقم ١٢/ ١٣٦ت بتـاريخ ١٢/ ١٤٠٦/٧هـ .

2. السمرقندي، تحفة الفقهاء، (١٨١/٣-١٨٢). السرخسي، المبـسوط، (٣١/١٧) ابـن فرحـون، تبـصرة الحكـام، (١٠٦/١). البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، (٩/ ٣٢٧٥).

3. والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، (٦٠٥) .

٤. المصدر السابق، (٦٠٥).

ويرتب القانون على هذا الترك، أو الإمتناع لمدة سنة، سقوط الخـصومة، وزوالها، واعتبارها كأن لم تكن.

ويكون الحق للمدعى عليه، ومن في حكمه؛ كالخصم المتدخل في الـدعوى منضماً للمدعى عليه في التمسك بسقوط الدعوى. حيث شرع لمصلحته؛ مما يجعل الحق له في المطالبة به أمام المحكمة، مع أنه يحصل بقوة القانون بمجرد تـوافر شروطه.[1]

سابعاً: مصاريف الدعوى

يحكم على المدعي بمصاريف الدعوى؛ إذا قضى فيها بعدم الاختـصاص، أو ببطلانها، أو بعدم قبولها، أو برفضها، أو كانت النيابة العامة طرفاً أصلياً فـي القضية وخسرتها، أو كان متدخلاً تدخلاً انضمامياً، فيتحمل مصاريف تدخله، ولو حكم لصالح من تدخل منضماً إليه.[2] وهذا في التنظيم القضائي الوضعي.

وأما التنظيم القضائي السعودي، فهو يأخذ بمبدأ مجانية القضاء، فالقـضاء أبوابه مفتوحة لجميع المواطنين على قدم المساواة، وبدون أية مصاريف ماديـة، فحق التقاضي مكفول للكافة، فلا يحرم شخص من الالتجاء إلى القـضاء لمجـرد فقره، أو عدم استطاعته سداد أجور التقاضي.[3]

ولذلك لم أجد حتى في نظام المرافعات الشرعية الجديد أي نص يوجب، أو يلزم المدعي بدفع رسوم معينة للمحكمة نظير التقاضي. لكنه أجاز للقاضي أخـذ كفيل غارم في طلب الحجز على المدعى عليه، وتقديم تأمين في منعه من السفر، لتعويض المدعى عليه متى ظهر أن المدعي غير محق في دعواه.[4]

وهو ما قال به بعض الفقهاء في مسألة شكاية المدين المليء المماطل.[5]

---

١. الصاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجاريـة، (دار النهـضة العربيـة ، القـاهرة ١٩٩٠م)، (٥٣٤ـ٥٣٦ ، ٥٤٥ـ٥٤٨).

٢. سعد، القانون القضائي الخاص، (٢/٢٧٦-٢٨٣) . طلبة ، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، (٣/٤٣٥- ٤٦٥) ياسين، نظرية الدعوى، (١٩٥-١٩٧). ابوالبصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٢٥).

٣. المليجي، ملامح النظام القضائي السعودي في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد، (٤).

٤. نظام المرافعات الشرعية، (م/٢١٥،٢٣٦). وانظر: الجوفان، ناصر محمد، مصروفات الدعوى، مجلة العدل، العدد(١٧)، محرم ١٤٢٤هـ، (١١٣،١١٤).

٥. ابن تيمية، مجموع الفتاوى، (٣٠/٢٤ـ٢٥).

الفصل الثاني

شـرط الأهـلية في الدعـــوى

ويتضمن خمسة مباحث:

المبحث الأول: شرط الأهلية في الدعوى في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: شرط أهلية التداعي في القوانين الوضعية.

المبحث الثالث: شرط أهلية التداعي في نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الرابع: الآثار المترتبة على شرط الأهلية.

المبحث الخامس: أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية.

المبحث الأول

شرط الأهلية في الدعوى في فقه الشريعة الإسلامية

وينقسم هذا المبحث إلى مطلبين:

المطلب الأول: شرط أهلية التداعي في فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الدعوى للميت أو عليه. ودعوى غير المسلمين (شرط الإلتزام بأحكام المسلمين).

المطلب الأول

شرط أهلية التداعي في الشريعة الإسلامية

والأهلية في اللغة: "تأتي بمعنى الإستحقَاق، والجدارةِ، والكِفَاية، تقول هو أَهلٌ لِكذا؛ أي مستَحِقٌ له، وهو مستَوجِب للواحدِ، والجميع".[1]

وفي الاصطلاح: هي صفة يقدرها الشارع في الشخص تجعله محلاً صالحاً لخطاب تشريعي.[2]

والأهلية بدورها تنقسم إلى نوعين أساسيين هما: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء. فأهلية الوجوب: هي صلاحية الشخص للإلزام، والإلتزام؛ أي ثبوت الحقوق المشروعة له، وعليه. ومناط هذه الأهلية هو الصفة الإنسانية، ولا علاقة لها بالسن، أو العقل، أو الرشد، فكل إنسان في أي طور كان، أو صفةٍ يعتبر متمتعاً بها. وهذه قد تكون ناقصة إذا كان المتمتع بها أهلاً لثبوت بعض الحقوق له، وليس بأهل لترتب الإلتزامات؛ كالحمل قبل ولادته. وقد تكون أهليةً كاملةً إذا ترتبت عليه الإلتزامات المالية؛ كالصغير غير المميز، والمجنون.[3]

---

١. الفيروز آبادي، القاموس المحيط، (٩٦٣). ابن منظور، لسان العرب، (١١/٢٨-٣٢).

٢. الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٢/٧٢٩). أبو حبيب، القاموس الفقهي. (٢٩).

٣. الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٢/٧٢٩-٧٣٠). الجبوري، حسين خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، (جامعة أم القرى، معهد البحوث العلمية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى)، (٩٢-٩٣، ١١٢).

وأما أهلية الأداء؛ فهي صلاحية الشخص لممارسة الأعمال التـي يتوقـف اعتبارها الشرعي على العقل. والأفعال الحسية ذات الآثـار الإعتباريـة تتوقـف آثارها، ونتائجها الشرعية على وجودها الإعتباري في نظر الـشارع. ولا يكفـي وجودها الحسي لترتب هذه الآثار، ومن ذلك جميع التصرفات المدنية. ولا يمكـن إسباغ هذا الإعتبار عليها من الشارع ما لم يكن لدى فاعلها من العقـل، والإدراك حظ، أو نصيب يكون به قادراً على أن يفهم نتائجها إجمالاً؛ بمعنى أن يتوفر لديه الحد الأدنى من ذلك، وقيل: بأن مناط الأهلية هنا هو العقل الكامل، وعليـه فـلا تثبت لمجنون، ولا صبي، ولا لغير الإنسان من حيوان، ونبات، وجماد.[1]

وتنقسم الأفعال من حيث علاقتها بالأهلية إلى نوعين رئيسيين:

النوع الأول: أفعال لا يشترط في فاعلها العقل، بل يرتبط فيها الأثر بمجرد الفعل ارتباطاً مادياً محضاً، وذلك كالفعل الضار من حيث سببيته الشرعية لضمان الضرر الحاصل به، فهي تعتمد في الفاعل أهلية الوجوب فقط.

النوع الثاني: أفعال يشترط في فاعلها العقل، والإدراك كـي يعتـد بهـا، وتترتب عليها آثارها، ونتائجهـا الـشرعية، لأن لنتائجهـا ارتباطـاً بالمقاصـد والإرادات، ومن هذا يتضح أنه لا اعتبار للإرادة، والقصد بـلا عقـل، وإدراك، وعلى كلٍ فهي تعتمد أهلية الأداء في الفاعل كي يعتد بها، ومن هذا القبيل جميـع أنواع العقود، وسائر التصرفات المدنية.[2]

وقد اتفق الأئمة على أن المحجور عليه ممنوع من التصرف في ماله، وقد نقل بعضهم أن أسباب الحجر هي: الصغر، والرق، والجنون، فلا يجوز تـصرف الصبي إلا بإذن وليه، ولا تصرف العبد إلا بـإذن سـيده، ولا يجـوز تـصرف المجنون المغلوب بحال، فالصبي، والمجنون لا تصح عقودهما، ولا إقرارهما، ولا طلاقهما، ولا عتاقهما، وإن أتلفا شيئاً لزمهما ضمانه.[3]

---

١. الزرقا، المدخل الفقهي العام، (٧٢٩/٢-٧٣٠). الجبوري، عوارض الأهلية عند الأصوليين، (١١٣-١١٥).

٢. المرجعين السابقين.

٣. ابن هبيرة، الإفصاح في معاني الصحاح، (٣٧٥/١). الأستروشيني، محمد محمود، جامع أحكام الـصغار، تحقيـق: البيزلي، عبدالحميد عبدالخالق، (مطبعة النجوم الخضراء، بغداد، الطبعة الأولى١٩٨٢م)، (٢٠٤/٣، ٢٠٧).

وأما المجنون الذي يجن، ويفيق، فإن كانت مدة إفاقته منضبطة، فإنه يؤاخذ وقت إفاقته.[١]

واتفقوا على اشتراط الأهلية، أو التكليف، أو صحة التصرف بالنسبة للمدعي، والمدعى عليه؛ لكنهم اختلفوا في مسائل من ذلك على ما يلي:

المسألة الأولى: العبد (المملوك)

اتفق الفقهاء على أن العبد المملوك من جملة المحجور عليهم في تصرفاتهم، وأنه ممنوع من التصرف في ماله، وأنه يقبل إقراره على نفسه ولا يقبل في حق سيده.[٢] واختلفوا في سماع دعواه، أو سماع الدعوى عليه على قولين:

القول الأول: لا تسمع الدعوى منه، ولا عليه. وقال به بعض المالكية، وبعض الحنابلة.

فقد نص المالكية على أن الأصل عندهم أن المحجور، ومن لا يصح إقراره لا تسمع الدعوى عليه.[٣]

وأما الحنابلة فقالوا: لا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف، وهو الحر المكلف الرشيد.[٤] لأن من لا يصح تصرفه لا قول له في المال، ولا يصح إقراره، ولا تصرفه، فلا تسمع دعواه، ولا إنكاره؛ كما لا يسمع إقراره.[٥]

القول الثاني: تصح الدعوى منه، وعليه، وقال به الجمهور.

لكن أطلق بعضهم الجواز كبعض الحنفية حيث قالوا: أنه ينبغي أن يكون المدعي عاقلاً على صفة يصح معها قوله وتسمع دعواه ولا فرق في المدعي بين الحر والعبد.[٦]

---

١. ابن قدامة، المغني، (٢١٨/١٣). ابن نجيم، البحر الرائق، (٧/٥). الماوردي، علي بن محمد، كتاب الإقرار بالحقوق والمواريث من الحاوي، تحقيق: البرزنجي، طاهر اسماعيل، (مكتبة الشرق الجديد، بغداد١٤٠٧هـ)، (١٩٩). الحطاب، ابو عبد الله محمد بن محمد المغربي، مواهب الجليل، (دار عالم الكتب، الرياض١٤٢٣هـ)، (٢٩٢،١٨٩/٨).

2. ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، (٣٧٥/١). ابن قدامة، المغنى، (٢٦٢/٧).

٣. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨).

٤. ابن قدامه، المغني، (٢٧٥/١٤). اللبدي ، عبد الغني ياسين ، حاشية اللبدي على نيل المآرب، تحقيق وتعليق: محمد سليمان الأشقر ، (دار البشاير الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ) ، (٤٦١).

٥. ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (١٢٢/٢٩).

٦. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). ابن نجيم، البحر الرائق، (١٩١/٧).

ووافقهم بعض المالكية فقالوا: أن الدعوى لا تتوقف على الحرية، فإذا ادعى بحق، وأقام شاهداً واحداً قبلت منه الدعوى. ويحلف مع شاهده الذي أقامه، واستحق ما ادعى به بالشاهد، واليمين، ولا يحلف وليه عنه، فإن نكل، حلف المدعى عليه وبرئ، وإلا غرم.[1]

بينما غالب الفقهاء يضعون لذلك قيوداً، منها أن أقوال العبد نافذة في حق نفسه، غير نافذة في حق مولاه، فإن أقر بمال لزمه بعد الحرية، ولم يلزمه في الحال.[2]

ووقفه المالكية على الإذن وتصديق سيده، فقالوا: إن ادعي عليه بما يوجب المال، فإن الجواب يطلب من العبد، فإن أقر وكان مأذوناً فهو كالحر، وإن لم يكن مأذوناً، وقف إقراره على سيده، فيرده، أو يلزمه إياه.[3]

بينما اكتفى بعض الشافعية بتصديق سيده فقالوا: أنه إن صدقه سيده تعلق برقبته، وإلا فهو متعلق بذمته يتبع به بعد العتق.[4]

والقاعدة العامة في إقراره عند الشافعية أن المكلف المحجور عليه بالرق تسمع الدعوى عليه فيما يصح إقراره به. وقال بعضهم: إن المحجور عليه برق لا يسمع عليه إلا دعوى القود، أو القسامة.[5]

أما إن كان مأذوناً له فهو كالصبي يصح تصرفه، ويصح إقراره فيما أذن له فيه من أبواب التجارة، ولا يصح إقراره بمهر موطوأته بنكاح غير مأذون به، كما أن ذلك لا يجوز للصبي.[6] وهذا ما صرح به الحنفية، وظاهر قول المالكية السابق في إقراره، وقول الشافعية في عدم الحجر على المأذون له.[7]

---

١. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨) .

٢. ابن قدامة، المغني، (٢٦٢/٧). الأستروشيني، جامع أحكام الصغار، (٢٠٤/٣–٢٠٥). الفتاوى الهندية، (١٧٠/٤).

٣. ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، (١١٤/١).

٤. الحصني، كفاية الأخيار، (٥٤٥/١).

٥. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (٤٩/٩) . الحصني ، كفاية الأخيار ، (٥١٢/١) .

٦. منلاخسرو ، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ، (٣٨٥) .

7. الحصني، كفاية الأخيار، (٥٠٦/١)

وحكى الشافعية الخلاف في صحة تصرفه إن لم يكن مأذوناً له فقيل: يصح تصرفه، ويكون في ذمته يتبع به إذا عتق، والراجح عندهم عدم صحة تصرفه.[1]

وصرح بعض الحنفية بنفاذ طلاقه لما رواه ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (لا يملك العبد، والمكاتب شيئاً إلا الطلاق).[2].[3]

وعليه فالعبد تصح الدعوى منه، وعليه فيما أذن له فيه، ولا تصح فيما لم يؤذن له فيه، وأقواله نافذة في حق نفسه دون ما يتعلق بمولاه، يتبع به بعد الحرية.

المسألة الثانية: المحجور عليه

ويراد به المحجور عليه لفلس، أو سفهٍ، وهو المضيع لماله.[4]

اختلف القول عند المالكية ـ على ما وقفت عليه ـ فالأصل عندهم أن المحجور، ومن لا يصح إقراره لا تسمع الدعوى عليه. لكن صرح بعضهم أن الدعوى لا تتوقف على حرية ولا بلوغ ولا رشد، فإذا ادعى واحد منهم بحق، وأقام شاهداً واحداً قبلت منه الدعوى. ويحلف سفيه مع شاهده الذي أقامه واستحق ما ادعى به بالشاهد واليمين، ولا يحلف وليه عنه ، فإن نكل حلف المدعى عليه وبرئ وإلا غرم. ولا يحلف الصبي مع شاهده الذي أقامه لأن الصبي لا تتوجه

---

١. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (٤٩/٩) . الحصني ، كفاية الأخيار ، (٥١٢/١) .

٢. رواه ابن ماجه في سننه، (٦٧٢/١) برقم (٢٠٨١) .من طريق ابن لهيعة عن ابن عباس بلفظ : إنما الطلاق لمن أخذ بالساق. وفيه قصة. ورواه البيهقي كذلك في السنن الكبرى، (٣٦٠/٧). ورواه الدارقطني في سننه أيضاً من طريق ابن لهيعة عن عكرمة ولم يذكر ابن عباس. وعن بقية عن ابن عباس. ومن طريق الفضل بن المختار عن عصمة بن مالك، (٢٤/٢- ٢٥)، برقم (٣٩٤٦- ٣٩٤٨). وقد أعل الحديث البوصيري بضعف ابن لهيعة، مصباح الزجاجة، (٣٥٨/١) .والحديث ذكره الزيلعي وقال: غريب، وأعله بابن لهيعة، وبقية، وجهالة شيوخ بقية، نصب الراية، (٤/ ١٦٥). وذكر الحديث ابن الجوزي وقال: لايصح، وقال ابن عدي: الفضل بن مختار أحاديثه منكرة وعامتها لا يتابع عليها، العلل المتناهية، (٦٤٦/٢). وابن لهيعة اختلط ولم يروه عنه أحد العبادلة، وانظر في ترجمته: التقريب للحافظ ابن حجر، (٥٣٨). وأما بقية فهو مدلس وقد عنعن الحديث، وانظر في ترجمته في: التقريب، (١٧٤). وأما الفضل بن المختار فقد نقل الحافظ ابن حجر عن الحفاظ أنه منكر الحديث، لسان الميزان، (٥٢٤/٤). وأورده الألباني في الإرواء، (١٠٨/٧-١١٠) وحسنه بمجموع طرقه.

٣. الأستروشيني، جامع أحكام الصغار، (٢٠٤/٣–٢٠٥). الفتاوى الهندية، (١٧٠/٤).

٤. ابن قدامة، المغني، (٦/ ٥٩٣، ٥٩٥).

عليه اليمين. ولا يحلف وليه عنه ولو كان أباً ينفق عليه. وهذا إذا لم يل لي الفيـه المعاملة، فإن وليها حلف، لأنه إذا لم يحلف غرم.[1]

والأصل عند الحنابلة أنه لا تصح الدعوى إلا من جائز التـصرف وهـو الحر المكلف الرشيد الذي يصح تبرعه.[2] لأن من لا يصح تصرفه لا قول له فـي المال، ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه ولا إنكـاره كمـا لا يـسمع إقراره .[3]

وقسم بعض الفقهاء الدعوى على المحجور إلى ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يدعي عليه بما لا يلزمه ولو قامت بـه البينـة؛ كـالبيع، والشراء، فهذا لا تسمع الدعوى به.[4]

القسم الثاني: ما يلزمه في حالة إذا قامت به البينـة ولا يلزمـه بـإقراره كالغصب والإتلاف ونحو ذلك مما لا يوجب القصاص وإنما توجب المـال فهـذا يسمع القاضي الدعوى به ويكلف المدعي إثبات ما ادعاه ويحكم بـه فـي مـال المحجور ولا يكلف المحجور إقرارا ولا إنكاراً. وقال به المالكية والحنابلة.[5]

وقال الشافعية: لا يقبل إقراره بالإتلاف لكن تسمع الدعوى عليه بالمال كإن ادعي عليه أنه قتل عبده أو أتلف ماله.[6] لكن لابد من إقامة البينة واليمين كما فـي الدعوى على الغائب والميت، فإذا وجدت بينة بذلك صحت الدعوى عليهما ولو مع حضور الولي ، ولا تصح دعواهما بل يدعى لهما أو يوقف الأمر إلى كمالهما.[7]

---

١. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨) .

٢. ابن قدامة، المغني، (٢٧٥/١٤). اللبدي، حاشية اللبدي على نيل المآرب، (٤٦١). شرح الزركشي علـى مختـصر الخرقي، (٣٩٨/٧).

٣. ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (١٢٢/٢٩).

٤. التسولي، البهجة شرح التحفة، (٣٠/١). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٤/١). الحطاب، مواهب الجليل، (١٢٣/٨-١٢٤). ابن قدامه، المغني، (٦١١/٦).

٥. التسولي، البهجة شرح التحفة، (٣٠/١). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٤/١). الحطاب، مواهب الجليل، (١٢٣/٨-١٢٤). ابن قدامة، المغني، (٦١١/٦).

٦. الهيتمي، تحفة المحتاج، (٤٩/٩). الحصني، كفاية الأخيار، (٥٠٦/١، ٥١٠).

٧. حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب ، (٣٨٢/٢).

القسم الثالث: ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي توجب القصاص إذا كان المحجور بالغاً فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكار. قال به المالكية والشافعية والحنابلة.[1] وقيده بعض الحنابلة بما يؤخذ به حال حجره، وبعد فك حجره.[2]

وأما إذا كان المحجور مدعياً فقد ذهب بعض المالكية إلى أنه يجوز له طلب حقوقه كلها عند قاضٍ، أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته، واختلفوا هل له أن يوكل غيره بذلك.[3]

ونص بعض الحنابلة بعدم صحة الدعوى منه، وإنما يدعي بحقه الوصي.[4]

وذكر بعض المالكية أن السفيه الذي لم تثبت عليه ولاية من أبٍ أو سلطانٍ أن مشهور مذهب مالك أن أفعاله في حكم الرشد وإن علم سفهه.[5]

المسألة الثالثة: المجنون

اتفق الفقهاء على أن المجنون لا تصح عقوده، ولا إقراره، ولا طلاقه، ولا عتاقه، وإن أتلف شيئاً لزمه ضمانه.[6]

وأن المجنون الذي يجن، ويفيق، فإن كانت مدة إفاقته منضبطة، فإنه يؤاخذ وقت إفاقته.[7]

ودعوى المجنون، والدعوى عليه غير صحيحة. فإن كان مدعياً فلا يجبر المدعى عليه على إعطاء جواب عن دعواه، وكذا لو أنكر المدعى عليه فلا يجوز

---

١. التسولي، البهجة شرح التحفة، (٣٠/١). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٤/١). الحطاب، مواهب الجليل، (١٢٣/٨-١٢٤). الهيتمي، تحفة المحتاج، (٤٩/٩). الحصني، كفاية الأخيار، (٥٠٦،٥١٠/١). ابن قدامة، المغني، (٦١٢/٦).

٢. المرداوي ، الإنصاف ، (٤١١/٢٨). النجدي ، عثمان بن أحمد، حاشية المنتهى، تحقيق ، عبد الله التركي، مطبوع مع منتهى الإرادات، (مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ)، (٣٢٤/٥).

٣.الحطاب ، مواهب الجليل ، (١٢٣/٨-١٢٤).

٤. القاري، أحمد عبدالله، مجلة الأحكام الشرعية، (تهامة، السعودية، الطبعة الأولى١٤٠١هـ)، (٦١١) ، (م/٢٠٩٩)

٥. ابن رشد ، محمد ابن أحمد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تعليق وتحقيق وتخريج ، حلاق ، محمد صبحي ، (مكتبة ابن تيمية ، القاهرة ، مكتبة العلم ، جدة ، الطبعة الأولى ١٤١٥هـ)، (٧٠/٤-٧١) .

٦. ابن هبيرة، الإفصاح في معاني الصحاح، (٣٧٥/١). الأستروشيني، جامع أحكام الصغار، (٢٠٤/٣، ٢٠٧).

٧. ابن قدامة، المغني، (٢١٨/١٣). ابن نجيم، البحر الرائق، (٧/٥). الماوردي، كتاب الإقرار بالحقوق والمواريث من الحاوي، (١٩٩). الحطاب، مواهب الجليل، (٢٩٢،١٨٩/٨).

إثباتها، ولو أقر المدعى عليه فلا يحكم له بموجب ذلك الإقرار؛ كما أنه ليس لأحد أن يقيم عليه دعوى بدون حضور (سيده)، أو يقيم شهوداً.[١]

وعند حضور الولي أو الوصي (أو سيده) تكون الدعوى علـى الـولي (أو السيد) أما عند غيبته فالدعوى عليه؛ كالدعوى على الغائب يصح سماعها قياساً مع أنه أعجز عن الدفع من الغائب. نص عليه بعض الشافعية.[٢]

ونص بعضهم على جواز سماع الدعوى على المجنون إذا كان هناك بينـة للمدعي، ولابد مع هذه البينة من يمين يسمونها يمين الاستظهار.[٣]

ووافقهم بعض الحنابلة فقالوا: أنه إن ادعي على مجنون، وللمدعي بينـة، فإن الحاكم يسمعها، ويحكم بها، لأنه لا يعبر عن نفسه فهو كالغائب، فإذا ما أفـاق المجنون فهو على حجته.[٤] وإذا كان للمجنون حق ادعى به الوصي (أو سـيده) نيابة عنه.[٥]

المسألة الرابعة: السكران

صحح بعض الشافعية دعوى السكران المعتدي بسكره والدعوى عليه.[٦]

ولم أقف على تفصيل في هذه المسألة لكن بالرجوع لضابط الفقهاء في أهل الدعوى، واعتبارهم فيها بمن يصح إقراره.[٧]

لذا فقد اتفق الفقهاء على أن السكران المعذور في سكره إذا زال عقله بسبب مباح، فلا يصح إقراره بغير خلاف، لكن إن كان سكره عن عمد، وقصد بمعصية ففيه قولان:

---

١. علي حيدر ، درر الحكام، (١٥٦/٤) . العمادي ، القول الأقوى، (٧٧). منلاخسرو ، محمد بن فرامـوز ، الـدرر الحكام في شرح غرر الأحكام ، (مطبعة أحمد كامل، سنة ١٣٢٩هـ)، (٣٣٠) .

2. الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ، (٣٩٦/٤) . السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤٠٩) .

3. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (٤٩/٩) . الحصني ، كفاية الأخيار ، (٥١٢/١) .

٤. ابن قدامة ، الشرح الكبير، (٥١٥/٢٨- ٥١٩- ٥٢٣).

٥. القاري، مجلة الأحكام الشرعية، (٦١١) ، (م/٢٠٩٩) .

٦. الشرواني، عبد المجيد، حاشية الشرواني علـى تحفـة المحتـاج، مطبـوع مـع التحفـة، (دار إحيـاء التـراث العربي،١٩٠٠م)، (٤٩/٩) . الحصني ، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار ، (٣٠١/٢) .

٧. ابن قدامة، الشرح الكبير، (١٢٢/٢٩). الهيتمي، تحفة المحتاج، (٤٩/٩). الحصني، كفاية الأخيار، (٥٤٥/١)

القول الأول: أن إقراره صحيح جائز، وهو قول الحنفية، والصحيح عند الشافعية، وتخريج عند الحنابلة.[1]

القول الثاني: أن إقراره غير صحيح، وهو قول المالكية، وقول مرجوح عند الشافعية، والصحيح عند الحنابلة.[2]

الأدلة والمناقشة:

أدلة أصحاب القول الأول:

الأول: أنه لاينافي الخطاب إلا إذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة.[3]

الثاني: قياسه على وقوع طلاقه.

الثالث: لأن أفعاله تجري مجرى الصاحي.[4]

أدلة أصحاب القول الثاني:

الأول: أنه غير عاقل، فلم يصح إقراره؛ كالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم.

الثاني: أن السكران لا يوثق بصحة ما يقول، ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به، فلم يوجد معنى الإقرار الموجب لقبول قوله.[5]

والراجح عدم صحة إقرار السكران لانتفاء العلم مع وجود السكر، وبالتالي لا تصح دعواه، أو الدعوى عليه حتى يفيق.

المسألة الخامسة: الصبي

أولاً: الأصل أن دعوى الصبي غير المميز، والدعوى عليه غير صحيحة ولا مقبولة كما نقل الإتفاق على ذلك بعض الفقهاء.[1]

---

١. الفتاوى الهندية، (١٧٠/٤). الشيرازي، المهذب مع المجموع، (٢٣٥/٢٣-٢٣٦). الشربيني، مغني المحتاج، (٢٣٨/٢-٢٤١). البهوتي، كشاف القناع، (٣٣٤٢/٩-٣٣٤٦). ابن قدامه، المغني، (٢٦٢/٧-٢٦٤).

٢. الدردير،الشرح الصغير، (٥٢٥/٣). الشيرازي، المهذب مع المجموع، (٢٣٥/٢٣-٢٣٦). الشربيني، مغني المحتاج، (٢٣٨/٢-٢٤١) . البهوتي، كشاف القناع، (٣٣٤٢/٩-٣٣٤٦). ابن قدامه، المغني، (٢٦٢/٧-٢٦٤).

٣. الفتاوى الهندية ، (١٧٠/٤) .

٤. ابن قدامة، المغني، (٢٦٢/٧-٢٦٤). الشيرازي، المهذب مع المجموع، (٢٣٥/٢٣-٢٣٦).

٥. ابن قدامة، المغني ، (٢٦٢/٧- ٢٦٤) .

قال الحنفية: دعوى الصبي غير المميز والدعوى عليه غير صحيحة . فإن كان مدعياً، فلا يجبر المدعى عليه على إعطاء جواب عن دعواه، وكذا لو أنكر المدعى عليه فلا يجوز إثباتها، ولو أقر المدعى عليه فلا يحكم له بموجب ذلك الإقرار. كما أنه ليس لأحد أن يقيم عليه دعوى بدون حضور وليه، أو وصيه، أو يقيم شهوداً.[٢]

والأصل عند المالكية أن المحجور ومن لا يصح إقراره لا تسمع الدعوى عليه.[٣]

ونص الشافعية على أن شرط المدعي، والمدعى عليه أن يكون كل منهما مكلفاً، فلا تصح الدعوى على صبي لأن محل ذلك عند حضور وليه فتكون الدعوى على الولي، أما عند غيبته فالدعوى عليه كالدعوى على الغائب يصح سماعها قياساً مع أنه أعجز عن الدفع من الغائب.[٤]

والأصل عند الحنابلة أنه لا تصح الدعوى إلا من جائز التصرف وهو الحر المكلف الرشيد.[٥] فلا تصح من صغير وإنما يدعي بحقه الوصي.[٦]

ثانياً: ذهب كثير من الفقهاء إلى جواز سماع الدعوى على الصبي غير المميز استثناء من الأصل لمن كان له بينة.

قال الحنفية: والصبي المحجور عليه إذا ادعي عليه استهلاكاً أو غصباً وقال المدعي أن له بينة، حاضرة، فقد ذكر بعضهم أن دعواه تسمع، واشترطوا حضور الصبي مع أبيه، أو وصيه، فإن لم يكن له والد، أو وصي، فإن على

---

٦. ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، (١٤/٢ـ١٥). علي حيدر ، درر الحكام، (١٥٦/٤). الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨). الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ،(٣٩٦/٤). الحصني، كفاية الأخيار، (٥٤٥/١). ابن قدامة، المغني، (٧م٢٦٢).

١. علي حيدر ، درر الحكام، (١٥٦/٤) . العمادي ، القول الأقوى، (٧٧). منلاخسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، (٣٣٠) .

٢. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨).

٣. الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ،(٣٩٦/٤) . السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤٠٩) .

٤. ابن قدامة، المغني ، (٢٧٥/١٤). اللبدي ، عبد الغني ياسين ، حاشية اللبدي على نيل المآرب، تحقيق وتعليق: محمد سليمان الأشقر ، (دار البشاير الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ)، (٤٦١).

٥. القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ،(٦١١) ، (م/٢٠٩٩) .

القاضي أن ينصب له وصياً، وقيل: بل إذا طلب المدعي ذلك من القاضـي، فـإن على القاضي أن يجيبه، وينصب للصبي وصياً. ويشترطون حضور الصبي عنـد نصب الوصي للإشارة إليه، ويشترط بعضهم حضور الصبي عند الدعوى، مدعياً، أو مدعى عليه، بينما يرى البعض الآخر منهم أن الصغير إذا كان له ولي حاضر، فلا يشترط حضور الصغير، وذكر بعضهم أن الدين إذا كان واجباً بمباشرة هـذا الوصي، فلا يشترط حضور الصغير. والصحيح عندهم عدم اشـتراط حـضور الأطفال الرضع عند الدعوى.[١]

وقال المالكية: والصبي اليتيم الذي لا ولي له ويدعى قبله، أو في يده شيء لا ينبغي للقاضي أن يوكل عنه وكيلاً يخاصم عنه، ولكن ينبغي أن يوكل عليه وكـيلاً مفوضاً إليه جميع أموره، فتكون الخصومة منها لأن الحق على القضاة أن لا يهملوا الأيتام، وإنما الذي كره له أن يوكل عليه وكيلاً لهذه الخصومة، ثم يعزله عنها.[٢]

وقال الشافعية: أن الدعوى على الصبي عند غيبة وليه كالدعوى على الغائب يصح سماعها قياساً مع أنه أعجز عن الدفع من الغائـب.[٣] إذا كـان هنـاك بينـة للمدعي، ولابد مع هذه البينة من يمين يسمونها يمين الاستظهار.[٤]

وقال الحنابلة: إن ادعي على صبي وللمدعي بينة، فإن الحاكم يسمعها، ويحكم بها، لأنه لا يعبر عن نفسه فهو كالغائب، فإذا ما بلغ الصبي فهو على حجته.[٥]

ثم اختلف الفقهاء بعد ذلك في دعوى الصبي المميز المأذون لـه، والـدعوى عليه، على قولين: القول الأول: يرون صحة دعوى الصبي المميـز المـأذون لـه، والدعوى عليه، وهو قول الحنفية، وقول عند المالكية، ومقتضى رواية عند الحنابلـة في صحة تصرفه.[٦]

---

١. ابن نجيم البحر الرائق ، (١٩٤/٧- ١٩٥) . الأستروشيني ، جامع أحكام الصغار ، (٢٢٦/٣ -٢٢٨)

٢. ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، (١١٥/١) .

٣. الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ،(٣٩٦/٤) . السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤٠٩) .

٤. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (٤٩/٩) . الحصني ، كفاية الأخيار ، (٥١٢/١) .

٥. ابن قدامة ، الشرح الكبير، (٥١٥/٢٨، ٥١٩، ٥٢٣).

٦. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). علي حيدر ، درر الحكام، (١٥٦/٤- ١٧٥) . الطرابلسي، معين الحكام، (٥٩). الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك، (١٧٠/٤، ٢٨٦ـ٢٨٨). ابن قدامه، المغني، (٧٤٣/٦).

فقد ذكر بعض الحنفية أنه ينبغي أن يكون المدعي عاقلاً على صفة يـصح معها قوله وتسمع دعواه ولا فرق في المدعي بين الحر والعبد والـذكر والأنثـى والبالغ والصبي المأذون له.[1]

والصبي المأذون له هو الصبي المميز، فهم يرون أن دعوى الصبي المميز المأذون له بالتجارة، أو المخاصمة والدعوى عليه صحيحة كما أن يمينه ونكولـه عن اليمين صحيحان على المفتى به عندهم وإن كان الصبي العاقل لا يحنث بيمينه كونه غير مكلف إلا أنه يمتنع عن اليمين الكاذبة منعاً لزوال ثقة الناس منـه فـي أموره التجارية وكذلك فإقراره في أمور التجارة صحيح .[2]

وصرح بعض المالكية في المدعي بأن دعواه لا تتوقف على بلـوغ، فـإذا ادعى بحق وأقام شاهداً واحداً قبلت منه الدعوى. ولا يحلف الصبي مـع شـاهده الذي أقامه لأن الصبي لا تتوجه عليه اليمين. ولا يحلف وليه عنه، ولو كان أبـاً ينفق عليه. وهذا إذا لم يل الأب، ولا وصيه المعاملة للصبي، فإن وليها حلف، لأنه إذا لم يحلف غرم.[3]

وذهب الحنابلة في قول عندهم إلى صحة تصرف الـصبي المـأذون لـه، وقالوا عند الكلام على أهل الدعوى: لأن من لا يصح تصرفه لا قول له في المال ولا يصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه، ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره.[4]

القول الثاني: عدم صحة دعوى الصبي المميز المأذون له، والدعوى عليه، وهو قول عند المالكية في المدعى عليه، ومذهب الشافعية، ومنصوص الحنابلة.[5]

فالأصل عند المالكية أن المحجور ومن لا يصح إقراره لا تسمع الـدعوى عليه.[6]

---

١. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). ابن نجيم، البحر الرائق، (١٩١/٧).

٢. علي حيدر، درر الحكام، (١٥٦/٤-١٧٥). الطرابلسي، معين الحكام، (٥٩). الدردير، الشرح الصغير، (١٧٠/٤).

٣. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨) .

٤. ابن قدامه، المغني، (٧٤٣/٦). ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (١٢٢/٢٩).

٥. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨). الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ،(٣٩٦/٤) . السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤٠٩). ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (١٢٢/٢٩).

6. الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٨٦/٤- ٢٨٨).

ومذهب الشافعية عموماً أن شرط المدعي، والمدعى عليه أن يكـون كـل منهما مكلفاً، فلا تصح الدعوى على صبي لأن محل ذلك عند حضور وليه فتكون الدعوى على الولي، أما عند غيبته فالدعوى عليه كالدعوى على الغائـب يـصح سماعها قياساً مع أنه أعجز عن الدفع من الغائب.[1]

والأصل عند الحنابلة أنه لا تصح الدعوى إلا من جائز التـصرف وهـو الحر المكلف الرشيد.[2] لأن من لا يصح تصرفه لا قول له في المـال ولا يـصح إقراره ولا تصرفه فلا تسمع دعواه، ولا إنكاره كما لا يسمع إقراره.[3] فلا تـصح من صغير وإنما يدعي بحقه الوصي.[4]

والحق أنني لم أحظ بالوقوف على استدلالاتهم فيما ذهبوا إليـه فـي هـذه المسألة لكنهم أشاروا لمأخذ هذه المسألة، وهو حكم تـصرفات الـصبي المميـز المأذون له، بعد اتفاقهم على عدم صحة تصرف غير المميز، وأما المميـز غيـر المأذون، فقد اختلفت الرواية عند الحنابلة في صحته، ونفوذه بلا إذن ولـي علـى روايتين، فقيل: يصح وينفذ، وقيل: لا يصح ولا ينفذ. أما تصرفه بأذن وليه فإنـه يصح عندهم على الأصح. ويجوز إذنه ويصح في يسير منهمـا وكـذا مـن دون المميز في أحد الوجهين.[5]

حكم تصرف الصبي

الدعوى تصرف من التصرفات الدائرة بين النفع والـضرر، وتـصرفات الصبي المميز المأذون له، والدائرة بين النفع، والضرر جرى فيها الخـلاف بـين الفقهاء على قولين هي كالقولين في دعواه مع اختلاف يسير[6]:

---

١. الدمياطي ، حاشية إعانة الطالبين ،(٣٩٦/٤) . السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤٠٩) .

٢. ابن قدامه ، المغني ، (٢٧٥/١٤). حاشية اللبدي على نيل المآرب، (٤٦١).

٣. ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (١٢٢/٢٩).

٤. القاري ، مجلة الأحكام الشرعية ، (٦١١) ، (م/٢٠٩٩) .

٥. ابن مفلح، أبي عبد الله محمد، الفروع، راجعه: عبد الستار أحمد فراج، (عالم الكتب، الطبعة الرابعة ١٤٠٥هـ)، (٥/٤- ٦).

٦. انظر:السعيد،عبدالعزيزفهد ، أحكام الصبي المميز في الشريعة الإسلامية ، رسالة دكتوراه مقدمـه للمعهـد العـالي للقضاء بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالرياض ١٤٠٧ هـ، (٣٥٨-٣٦٥) . صالح ، سعاد إبراهيم ، أحكام تصرفات الصغير في الشريعة الإسلامية، (تهامة للنشر، جده، الطبعة الأولى١٤٠٥هـ)، (٥٧-٨٣) .

فالقول الأول: هو صحة تصرفه، وهو قول أبو حنيفة، ورواية عن أحمد.[١] وقول عند المالكية في الدعوى.[٢]

والقول الثاني: هو عدم صحة تصرفه، ولو أذن لـه وليـه، وهـو قـول الشافعية، وقول عند الحنابلة.[٣] وأما الإمام مالك فإنه لا يجيز تصرف الصبي ولو أذن له وليه؛ لكن لو تصرف، فإن صحة تصرفه موقوف على إجازة الولي، ولذا فالمالكية يصححون عقود الصبي إذا كان مميزاً، ويربطون اللزوم فيهـا إذا كـان وكيلاً.[٤]

الأدلة والمناقشات:

وقد استدل أصحاب القول الأول بأدلة من الكتـاب، والـسنة، والقيـاس، والمعنى المعقول.

فمن الكتاب: استدلوا بقوله تعالى: (وابتَلُوا الْيتَامى حتَى إِذَا بلَغُوا النِّكَاح فَإِن ءآنَستُم مِنْهم رشْداً فَادفَعوا إِلَيهم أَموالَهم).[٥]

قالوا: ومعناه اختبروهم لتعلموا رشدهم، وإنما يتحقق اختبـارهم بتفـويض التصرف إليهم من البيع، والشراء ليعلم هل يغبن، أولا.[٦]

وقيل: إن الله أمر بابتلائهم في حال كونهم يتامى ثم قال: (حتّى إِذَا بلَغُـوا النِّكَاح) فأخبر أن بلوغ النكاح بعد الإبتلاء، لأن (حتى) غاية مذكورة بعد الإبتلاء، فدلت الآية من وجهين على أن هذا الإبتلاء قبل البلوغ، وفي ذلك دليل جواز الإذن

---

١. الامستروشيني ، جامع أحكام الصغار ، (٢٠٧/٣)، ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (١٠٣/٨)، ابن قدامة ، المغني ، (٦ /٧٤٣).

٢. الدردير، الشرح الصغير، (٢٨٦/٤- ٢٨٨).

3. الشيرازي، المهذب مع المجموع، (دار إحياء التراث العربي مـصر ١٤١٥هـ ـ)، (١٦٩/٩). الـشربيني، محمـد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، (١٦٥/٢). ابن مفلح، الفروع، (٦،٥/٤).

4. الدردير ، الشرح الصغير ، (١٨/٣) . ابن رشد ، بداية المجتهد ونهايـة المقتـصد ، (٣٣٢/٣) .الحطـاب ، مواهب الجليل، (٨ /٦٣٥)، الصاوي ، أحمد محمد ، بلغة السالك لأقرب المسالك ، الدار السودانية للكتب ، الـسودان ، الطبعة الأولى١٤١٨هـ ، (٨/٣- ١١) .

٥. سورة: النساء ، آية رقم (٦).

٦. ابن قدامة، المغني، (٦ /٣٤٧،٦٠٨). ابن العربي، أحكام القرآن، (٤١٨/١).

للصغير الذي يعقل في التجارة، لأن ابتلاءه لا يكون إلا باستبراء حاله في العلـم بالتصرف، وحفظ المال، ومتى أمر بذلك كان مأذوناً في التجارة.[1]

ومن السنة: استدلوا بما روت أم سلمة (رضي الله عنها) أن النبي صـلى الله عليه وسلم أمر عمر بن أبي سلمة[2] وهو صغير أن يزوج أم سلمة منه. وروي أيضاً أنه أمر سلمة بن أبي سلمة[3] .[4]

وجه الإستدلال: أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر عمر، أو سلمة بن أبـي سلمة أن يزوج أمه، وهو دليل جواز الإذن له في التصرف الذي يملكه عليه غيره من بيع، أو شراء، ألا ترى أنه يقتضي جواز توكيل الأب إياه بشراء عبد للصغير، أو بيع عبد له هذا هو معنى الإذن.[5]

ومن القياس: قالوا: بأنه عاقل مميز محجور عليه، فصح تـصرفه بـإذن وليه؛ كالعبد المأذون له.[6]

---

١. الجصاص ، أبي بكر أحمد بن علي ، أحكام القرآن ، تحقيق: قمحاوي، محمد الصادق، (دار احياء التراث العربي ، بيروت ١٤١٢هـ) ، (٣٥٦/٢) .

٢. هو الصحابي الجليل عمر بن أبي سلمة بن عبدالأسد ، ربيب النبي صلى الله عليه وسـلم ، أمـه أم سـلمة ، ولـد بالحبشة في السنة الثانية ، وقيل قبل ذلك ، روى عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أبيه، ولي البحرين زمن علـي ، ومات بالمدينة في خلافة عبدالملك سنة٨٣هـ ، انظر: ابن حجر ، الإصابة في تمييز الصحابة ، (٩٥١) .

٣. هو الصحابي الجليل سلمة بن أبي سلمة بن عبدالأسد ، ربيب النبي صلى الله عليه وسلم ، يقال: أنـه زوج أمـه أم المؤمنين من النبي صلى الله عليه وسلم ، وقيل: بل عمر أخيه ، ورجح الحافظ ابن حجر الأول وقال: هو أثبت .انظر: ابن حجر ، الإصابة في تمييز الصحابة ، (٥٢٥) .

٤. رواه النسائي في سننه، (٨١/٦). والبيهقي في سننه الكبرى، (١٣١/٧). وابن أبي حـاتم فـي علـله مختـصراً ، (٢٥٨/٢). كلهم عن ابن عمر بن أبي سلمة عن أبيه عن أم سلمة . وقد انتقده ابن التركماني بأن عمر الراوي عمر بن أبي سلمة كان صغيراً وهو ثلاث سنوات فلا ولاية له، الجوهر النقي مع السنن الكبرى للبيهقي، (٧/ ١٣١) . وضعفه الألباني في ضعيف سنن النسائي، (١١٦) . وأعله في الإرواء بجهالة ابن عمر بن أبي سلمة، (٢١٩/٦-٢٢١) . وابن عمر هذا هو محمد بن عمر بن أبي سلمة الأسدي لايعرف كما روى ذلك الحافظ بـن حجـر فـي لـسان الميـزان، (٣٦٣/٥). وأصل الحديث في صحيح مسلم كما نبه عليه الألباني رحمه الله وهو كذلك، برقم (٩١٨) وهو لفظ مختصر ليس فيه ذكر الولي وتزويج ابن أبي سلمة.

٥. الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٥٧/٢ـ٣٥٨) .

٦. المصدر السا بق، (٣٥٧/٢ـ٣٥٨).

ومن المعنى المعقول: قالوا: لأنه تصرف تحصل المصلحة به لاعتمـاده على التمييز بين الضار، والنافع، وانضاف إليه إذن الولي المنوط بالمصلحة، وهو بخلاف غير المميز فافترقا.[1]

واستدل أصحاب القول الثاني بأدلة من الكتاب، والسنة، والقياس، والمعنى المعقول:

فمن الكتاب: استدلوا بقوله تعالي: (وابتَلُوا الْيتَامى حتَى إِذَا بلَغُوا النِّكَـاح فَإِن ءآنَستُم مِنْهم رشْداً فَادفَعوا إِلَيهم أَموالَهم).[2]

وقالوا في وجه استدلالهم بها: إن الآية نص في وجوب حفظ المال عن من لم يبلغ حتى يبلغ، ويؤنس منه الرشد، ومنع الصبي من البيع، والشراء بماله هـو من جملة حفظ المال المأمور به، والمجمع عليه فيقاس عليه.[3]

ومن وجه آخر: أن الأمر بدفع المال إليهم بعد البلوغ، وإيناس الرشد، ولو جاز الإذن له في التجارة في صغره لجاز دفع المال إليه في حال الـصغر، والله تعالى أمر بدفع المال إليه بعد البلوغ، وإيناس الرشد. يعني فهو مخالف لأمر الله.[4]

ومن السنة: استدلوا بحديث علي، وعائشة (رضي الله عنهما) أن رسـول الله صلى الله عليه وسلم قال: (رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعـن الصبي حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يعقل) رواه البخاري معلقـاً وأبـو داود، وغيره، وصححه النووي.[5]

---

١. الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٥٧/٢ـ٣٥٨).

٢. سور النساء، اية رقم (٦)

٣. النووي ، المجموع ، (٩ /١٨١).

٤. الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٥٧/٢) . القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، (٢٦/٥) .

٥. رواه البخاري معلقاً في صحيحه في كتاب الحدود ، باب لايرجم المجنون والمجنونة ، (١٢٩٩). ورواه أبو داود في سننه عن عائشة في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حداً برقم (٤٣٩٨) ، وعن ابن عباس برقم (٤٣٩٩- ٤٤٠١) ، وعن علي برقم (٤٤٠٢- ٤٤٠٣) . (٦١٩ـ٦٢٠). ورواه ابن ماجة في سننه عن عائشة برقم (٢٠٤١) ، وعن علي بن أبي طالب برقم (٢٠٤٢) ، (١/ ٦٥٨) . ورواه النسائي في سننه (المجتبـى) عـن عائشة ، (٦/ ١٥٦) . وفي السنن الكبرى عن علي برقم (٧٣٤٣- ٧٣٤٧) وقال : ما فيه شيء صحيح والموقوف أصح هذا أولى بالصواب ، ص (٤/ ٣٢٣-٣٢٤) . وراه الترمذي في جامعه عن علي برقم (١٤٢٣) ، (٤/ ٢٤) وقال : حديث علي حديث حسن غريب من هذا الوجه ، وقد روي من غير وجه عن علي عن النبي صلى الله عليـه ،

ووجه الدلالة منه: أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الـصبى، وقد صرح الحديث بأن الصبي لا يجب عليه شئ.

وقيل: وجه الدلالة منه: أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله، وأفعاله.[1]

ومن القياس: قالوا: ولأنه غير مكلف فأشبه غير المميز.

ومن المعنى المعقول: قالوا: ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحـد الذي يصلح به التصرف لخفائه، وتزايده تزايداً خفي التدريج، فجعل الشارع لـه ضابطاً، وهو البلوغ، فلا يثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة.[1]

ورواه الأعمش عن أبي ظبيان عن ابن عباس عن علي موقوفاً ولم يرفعه ، والعمل على هذا الحديث عند أهل العلم ـ ثم قال : قد كان الحسن في زمان علي وقد أدركه ولكنا لانعرف له سماعاً منه . ورواه ابن حبان فـي صـحيحه عـن عائشة برقم (١٤٩٦) ، وعن علي برقم (١٤٩٧) ، كما في موارد الظمآن للهيثمي ، (٢/ ٦٤٦) . ورواه الحـاكم في مستدركه عن علي برقم (٨١٦٨ـ ٨١٧٠) وصححه على شرط الشيخين ، (٤/ ٤٢٩- ٤٣٠) ، ورواه أيضاً عن أبي قتادة برقم (٨١٧١) وقال : حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه ، وأعله الذهبي بعكرمة فقد ضعفوه، (٤/٤٣٠)، ورواه أيضاً برقم (٩٤٩) ، وقال : صحيح على شرط الشيخين ، (٣٨٩/١) ، وبرقم (٢٣٥٠- ٢٣٥١) وقال : هذا حديث على شرط مسلم ولم يخرجاه، (٢/ ٦٧- ٦٨). ورواه ابن خزيمة في صحيحه برقم (١٠٠٣)، (٢/ ١٠٢). ورواه ابن الجارود في المنتقى برقم (٨٠٨) ، (٣/ ١٠٩- ١١٠) . والبيهقي في السنن الكبرى عن علي مرفوعـاً وموقوفاً ، (٦/ ٥٧ ، ٧/ ٣٥٩) . والطيالسي في مسنده عن علي برقم (٩٠) وعن عائشة بـرقم (١٤٨٥) ، (١/ ٨٩) و (٢/ ١٧) . والإمام أحمد في مسنده عن علي برقم (١٣٢٨ ، ١٣٦١) ، وعن عائـشة بـرقم (٢٥٢٠١، ٢٥٢١٠ ، ٢٥٦٢٧) ، في الصفحات (١٤٣ ، ١٤٦ ، ١٨٤٧ ، ١٨٤٨ ، ١٨٧٥) . والطبراني في الأوسط كما في مجمع البحرين للهيثمي عن ابن عباس برقم (٢٤١٧) وقال : لايروى عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد ، تفرد بـه أبـو الجماهير ، (٤/ ٢٥٠) . ورواه ابن حزم في المحلى عن علي وعائشة ، (٧/ ١٤٠- ١٤١) . وعلـق البوصـيري على رواية ابن ماجه بقوله : هذا اسناد ضعيف ، القاسم بن يزيد هذا مجهول ، وأيضاً لم يدرك علي بن أبي طالب وله شواهد من حديث عائشة ، مصباح الزجاجة ، (١/ ٣٥٢) . وذكر الحديث الدارقطني في العلل ورجح اتصاله موقوفاً عن علي وعمر وقال : هو أشبه بالصواب . وذكر الحديث الهيثمي في مجمع الزوائد عن ابن عباس وأعلـه بـضعف عبدالعزيز بن عبدالله بن حمزه ، وذكره عن شداد بن أوس وثوبان وقال : رواه الطبراني ورجاله ثقات ، وعـن أبـي هريرة وأعله بعبدالرحمن بن حفص وقال : وهو متروك ، (٦/ ٣٨١) . وعلق عليه الحافظ ابن حجر بقولـه : روي عن علي رضي الله عنه من طرق ، وأعل بعضها بالوقف والإرسال ، التلخيص الحبير ، (٣٢٨/١- ٣٣٠) . وكـذا الزيلعي وذكر أنه روي عن أبي قتادة وأبي هريرة وثوبان وعلي وعائشة ، وأعل بعضاً من تلك الطرق ، نصب الراية، (١٦١/٤ـ ١٦٥) . وصحح الحديث الأرناؤوط تعليقه على موارد الظمآن للهيثمي ، (٢/ ٦٤٦) ، وفي تعليقـه علـى شرح السنة للبغوي ، (٩/ ٢٢٠) . وصححه الألباني من طريق عائشة ، ومن طريق علي وقال : ولا يضره إيقـاف من أوقفه لأمرين : أن الرفع زيادة ثقة ، ولأن الوقف في حكم الرفع ، لكنه أعله من طريق الحسن البصري عن علي ، لأنه لم يثبت سماعه منه وهو مدلس وقد عنعنه . وأما طريق أبي الضحى عن علي فقد أعلها بالإنقطاع لأنه لم يـدرك علياً أيضاً . وأما طريق القاسم بن يزيد عن علي فقد وافق البوصيري فيما أعلها بـه . إرواء الغليـل، (٢/ ٤- ٧). وضعيف سنن أبي داود ، (٤٣٦- ٤٣٧) . والحديث بذاك صحيح عن عائشة.

١. النووي ، المجموع، (٩ /١٨٢).

وقالوا: إن الصبي المأذون له لا ينفذ تصرفه، لأن حجره لـصباه، فيبقـى ببقائه.[٢]

وقالوا أيضاً: إن الصبي مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه، ويملك حجره، فلا يكون والياً للمنافاة، لأن كونه مولى عليه سمة العجز، وكونه والياً آية القدرة، وهما متضادان فلا يجتمعان.[٣]

المناقشة والترجيح :

وقد أجاب الشافعية عن وجه استدلال الجمهور بالآية بأن الأوفق وطريـق الولي في اختبار الصبي هو أن يفوض إليه الاستلام، وتدبير العقد، فـإذا انتهـى الأمر إلى العقد أتى به الولى.[٤]

وقد أجيب عن هذه المناقشة بأنه جاء في تفسير الآية عن الـسلف أن هـذا الإبتلاء يكون قبل البلوغ.[٥] . وهو ما قال به بعض الشافعية أيضاً.[٦]

وأجيب أيضاً عن مناقشتهم تلك بأن العبرة بحقيقة الإبـتلاء، لا بـصورته، وهو مالا يتحقق بتأويلهم لكيفية ابتلاء اليتامى، فالإبتلاء هو اختبارهم في عقولهم، ومذاهبهم، وحرصهم فيما يتصرفون فيه، فهو عام في سائر هذه الوجوه، ولـيس لأحد أن يقتصر به على وجهٍ دون وجه فيما يحتمله اللفظ. والإختبار في اسـتبراء حاله في المعرفة بالبيع، والشراء، وضبط أموره، وحفظ ماله، ولا يكون إلا بـإذن له في التجارة، ومن قصر الإبتلاء على اختبار عقله بالكلام دون التـصرف فـي التجارة، وحفظ المال، فقد خص عموم اللفظ بغير دلالة.[٧]

وأجاب الشافعية عن قياس الجمهور للصبي على العبد المأذون بأنه قيـاس مع الفارق، لأن حجر الصبي لصيانة نفسه، وهو باقٍ بعـد الإذن، وبقـاء العلـة

---

٢. ابن قدامة، المغني ، (٦ /٣٤٧).

١. ابن الهمام، فتح القدير، (٢٣٩/٨) .

٢. المصدر السابق، (٢٣٩/٨).

٣. النووي ، المجموع.(٩ /١٨٢). الشربيني ، مغني المحتاج (٢ /١٦٩)

٤. ابن الجوزي ، زاد المسير ، (١٤/٢) .

٥. الشربيني ، مغني المحتاج ، (١٦٧/٢) .

٦. الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٥٦/٢) .

يستلزم المعلول لا محالة، بخلاف حجر الرقيق، فإنه ليس للرق بل لحق المـولى، وهو يسقط بإذنه لكونه راضياً بتصرفه حينئذٍ.[1]

وأجاب الجمهور عن وجه استدلال الشافعية في الآية: بأن الإذن في التجارة ليس من دفع المال إليه في شيء، لأن الإذن هو أن يأمره بالبيع، والشراء، وذلـك ممكن بغير مال في يده؛ كما يؤذن للعبد في التجارة من غير مال يدفعه إليه.[2]

ويظهر لي في الفرق هنا أن الآية قيدت رفع الحجر عن اليتـامى، ودفـع أموالهم إليهم بهذين الشرطين، وقول الجمهور في جواز تصرفهم مع الإذن، فهـو إذن في شيء مخصوص، لكنهم مازالوا تحت الولاية والحجر وهذا أمـر يحقـق المصلحة لهم وللولي، في العاجل، والآجل.[3]

وأجيب عن استدلال الشافعية بالخبر بأنه محمول على رفع التكليف والإثم.[4]

وأجيب عن تعليل الشافعية الأول: بأن العقل في التصرفات يمكن العلم بـه بآثاره، وجريان تصرفاته على وفق المصلحة، كما يعلم في حق البالغ، فإن معرفة رشده شرط دفع ماله إليه، وصحة تصرفه كذا هاهنا.[5]

وأجاب الجمهور عن تعليل الشافعية الثاني: بأن الصبا سبب الحجر لعـدم الهداية في أمور التجارة، لا لذاته، فصار هو كالعبد في كون حجره لغيره، فـإذا أذن له الولي زال ذلك الغير لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة، إذ لو لم يكن هادٍ فيها، لما أذن له الولي، فينفذ تصرفه؛ كما لو أذن المولى للعبد.

وقد أورد على هذا الجواب: أن تصرف الصبي ينفذ بدون إذن الـولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير إذن الولي، لحصول العلـم إذ ذاك أيضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه، وهو عدم الهداية، مـع أن

---

1. ابن الهمام ، فتح القدير ، (٢٣٩/٨) .
2. الجصاص ، أحكام القرآن ، (٣٥٧/٢) .
3. وانظر : ابن كثير ، تفسير القرآن العظيم ، (٤٥٣/١) .
4. ابن قدامة، المغني ، (٢٦٢/٧- ٢٦٤) .
5. ابن قدامة، المغني ، (٣٤٧/٦) .

المفهوم من الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفـع والضر؛ كالبيع، والشراء، ونحوهما.[1] ويرد عليه ما تقدم في قياسه على العبد.

وأجيب عن تعليل الشافعية الثالث: بأن التصرف المشروع صدر من أهلـه في محله عن ولاية شرعية، فوجب تنفيذه. والأهلية تصرف بالتكلم عن تمييز، لا عن تلقين، وهذيان.[2]

فإن قيل: الأهلية بالبلوغ عن عقل، ولهذا لا تتوجه خطابات الـشرع قبـل البلوغ، وذلك أن العقل، والتمييز أمر باطن، فأقام الشرع البلوغ مقامه.

أجيب: بأن الأهلية بالعقل، والتمييز، ويستدل بالبلوغ على كماله، واعتداله، وإذن الولي دليل عليه أيضاً، ولا تزاحم فـي الأسـباب، إلا أن الـصبي مظنـة المرحمة، وبالخطابات يتضرر، وصحة العبادة نفع محض، إذ الآدمي به يشرف، ويميز من غيره، فلهذا اعتبر إذن الولي في المعاملات، دون خطابات الشرع.[3]

الترجيح

الراجح فيما يبدو هو صحة تصرف الصبي المميز المأذون له، لقـوة مـا استدلوا به، وظهور حجتهم. وعليه فإن الراجح في أصل المـسألة هـو صـحة الدعوى من وعلى الصبي المميز المأذون له في الدعوى، والعبد المأذون له كذلك، والسفيه فيما يصح فيه إقراره، كما تصح الدعوى من الحر البالغ المختار وعليه.

---

١. ابن الهمام ، فتح القدير ، (٢٤٠/٨).

٢. ابن الهمام ، فتح القدير ، (٢٣٩/٨) .

٣. المصدر السابق، (٢٣٩/٨).

المطلب الثاني

الدعوى عن الميت أو عليه. ودعوى غير المسلمين (شرط الإلتزام بأحكام المسلمين)

ويتضمن هذا المطلب فرعين هما:

الفرع الأول: الدعوى للميت أو عليه

الفرع الثاني: دعوى غير المسلمين(شرط الإلتزام بأحكام المسلمين)

الفرع الأول

الدعوى للميت أو عليه

وهذه المسألة مما يلحق بالتكليف، والأهلية فالحنفية، والمالكيـة قـالوا: لا تسمع دعوى في مال ميت إلا بعد ثبوت، وفاته، وعدد ورثته.[1]

فإن أقر الوارث الرشيد بها، ولم يكن ثم غيره، لم يفتقر إلى ثبوتهـا، وإن ثبت الدين بالشهادة، وأعذر فيه الوارث، وعجز عن الدفع، حلّف القاضي المدعي يمين القضاء، أنه ما اقتضى ذلك الدين، ولا شيئاً منه، ولا سقط عن الميت بوجـه من الوجوه، وأنه لباقٍ له عليه، وفي تركته بعد وفاته، إلى حين يمينه هذه.

فإن كان الورثة كباراً، فقيل: لا يلزم رب الدين يمين بخـلاف الأصـاغر. وقيل: خلاف ذلك، فلا بد من اليمين مخافة ظهور دين، أو وارث آخر. فإن كانوا صغاراً، فلابد من ثبوت الوصية، وصغر الورثة، وبعد ذلك تكون الخصومة مـع الوصي، غير أنه لا يكلف جواباً، لأن إقراره، وإنكاره غير عامل، ولكن يحـضر ليعلم من شهد على الميت، ليكون ذلك أعون له في مدفع يرومه.[2]

---

١. الطرابلسي، معين الحكام، (٦١). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٦/١).

٢. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٦/١).

قال ابن عبد البر[1]: أجمع العلماء أن قول المقتول عند موته، دمـي عنـد فلان، ولي عليه مع هذا، أو على غيره درهم فما فوق، لم يقبل قوله، ولم يحلـف على قوله أحد من الورثة فيستحقه.[2]

والشافعية، والحنابلة يوافقون الحنفية، والمالكية في سماع الـدعوى علـى الميت بإقامة البينة. ويشترط الشافعية، كالمالكية تحليف اليمين بعد إقامة البينة، إلا أنهم يعتبرون طلب الوارث الحاضر لها، بخلاف الغائب، ويحكـم بالبينـة علـى الحاضر، والغائب، وعلى الميت، وإن كان الميت أكثر من معنى الغائب.[3]

وقاسوا سماع الدعوى على الميت على سماعها على الغائب، وقالوا: بل هو أولى، لأن الغائب قد يحضر بخلاف الميت.[4]

ويرى الشافعية عدم سماع دعوى دائن ميت، على من تحت يده مال للميت، مع حضور الوارث، فإن غاب، أو كان قاصراً، أو كان الأجنبي مقراً به، فللحاكم أن يوفيه منه. وقالوا: بأن للوصي، والدائن المطالبة بحقوق الميت، بالرفع للقاضي ليوفيهما مما يثبت له.

وقالوا أيضاً: لغريم ميت لا وارث له، أو له وارث ولم يدع، أن يدعي على غريم الميت بعين له تحت يده، لعله يقر، والأحسن إقامة البينة بها، لكنهم منعـوه في الدين للفرق بينهما.[5]

---

١. هو الإمام العلامة حافظ المغرب أبو عمر يوسف بن عبدالله بن محمد بن عبدالبر النمري الندلسي القرطبي المالكي، مولده سنة٣٦٨هـ، كان فقيها مجتهداً، جمع وصنف وعاش خمسين سنة، وصنف التمهيد والإستذكار في شرح الموطأ، والإستيعاب في أسماء الصحابة، توفي سنة٤٦٣هـ. انظر: الذهبي، سير أعلام النبلاء،(٤٢٧٢/٣-٤٢٧٤).

٢. ابن عبد البر ، الاستذكار ، (٨/ ٢٠٨).

٣. الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، (٣٩٦/٤). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥١٥/٢٨). ابن القاص، ابو العباس أحمـد بن ابي أحمد الطبري، أدب القاضي، تحقيـق: الجبـوري، حـسين خلـف، (مكتبـة الـصديق، الطـائف، الطبعـة الأولى١٤٠٩هـ)، (٣٦٠/٢).

٤. الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، (٣٩٦/٤). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥١٩/٢٨). والهيتمـي، تحفـة المحتـاج، (١٠/ ١٦٤).

٥. الهيتمي، تحفة المحتاج مع حاشية الشرواني والعبادي، (١٠/ ٢٩٦ـ٢٩٧).

الفرع الثاني

دعوى غير المسلم (شرط الالتزام بأحكام المسلمين)

وهو شرط معتبر نص عليه الشافعية، وللحنفية خلاف في المرتد ، وهـذا الشرط داخل ضمناً في شرط الأهلية عندهم.

فهم ينصون صراحة على أن شرط المدعي، والمـدعى عليـه، الإلتـزام لأحكام المسلمين، فيخرج بذلك عندهم الحربي.

أو الإلتزام لبعض أحكام المسلمين، كالذمي، والمعاهد، والمستأمن. والمراد هنا بالإلتزام عندهم؛ هو حال الدعوى، وإن لم يكن ملتزماً، قبلها حال الجناية.[1]

فلا تصح دعوى الحربي، ولا تصح عليه، إلا في صور؛ كما في الأسير لو اشترى منه شيئاً شراء صحيحاً، لزمه أن يبعث إليه ثمنه، أو فاسداً، فعليه عينـه، فحينئذ تصح دعواه بذلك، وكذلك تصح دعواه فيما لو دخل حربيان دار الإسـلام بأمان فقتل أحدهما الآخر فإذا قدم وارث المقتول أو سيده سمعت دعواه على قاتله.

وأما الذمي، والمعاهد، والمستأمن، فقالوا: قد تسمع دعواهم علـى مـثلهم وعلى مسلم.

أما المرتد، فيرى بعضهم أنه كالحربي. ويـرى آخـرون أنـه كـالزاني المحصن، وتارك الصلاة، فلا يزال في دائرة الالتزام.[2]

وأما الحنفية، فقد اختلفوا في دعوى المرتد، فمنهم من قال هو في الـدعوى كغيره، ومنهم من قال: لا تسمع دعواه لأن ملكه قد زال عن أمواله، ومنهم مـن قال: تسمع فيما اكتسب بعد الردة، ولا تسمع، فيما كان قبل الردة، وعند بعـضهم تسمع في جميع الأحوال.[3]

---

١. القليوبي ، أحمد بن أحمد ، حاشية القليوبي، (دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١٧هـ ـ)، (٤/ ٢٥٠). حاشية الشرقاوي، (٢/ ٣٨٢). السقاف ، ترشيح المستفيدين، (٤٠٩).

٢. الدمياطي، حاشية إعانة الطالبين، (٤/٤١٠). حاشـية الـشرواني علـى تحفـة المحتـاج مـع التحفـة، (٤٩/٩) و(٢٩٣/١٠).

٣. السمناني ، روضة القضاة، (٣/ ١٤٤٤).

المبحث الثاني

شرط أهلية التداعي في القوانين الوضعية

في البداية سنبين مقصود شراح القوانين بشروط الدعوى ومنها شروط أطراف الدعوى والشروط العامة والخاصة .

شروط الدعوى

يقصد بشروط الدعوى ما يتطلبه القانون من مقتضيات لوجود حق الدعوى. وبما أن حق الدعوى هو مكنة الحصول على حكم في الموضوع، فإن شروط الدعوى تعني شروط الحكم في موضوعها، ويعبر عنها بشروط قبول الدعوى.

في القانون الحديث لا يشترط لقبول الدعوى أن ينص القانون عليها صراحة، وإنما تقبل الدعوى طالما توافرت فيها الشروط التي يحددها القانون.[1]

وهذا ما يبين عدم النص على شرط الأهلية صراحة سواء في قانون المرافعات المصري، أو في نظام المرافعات الشرعية السعودي. لكنهما لم يخلوا من إشارات تدل على اعتبار هذا الشرط، وإلا لما ترتبت عليه آثار.

وأما الشروط العامة للدعوى: فهي عبارة عن الخصائص الإيجابية التي يتطلب القانون توافرها في الدعوى لقبولها، والفصل في موضوعها. وتعبر جميعها عن المصلحة في الدعوى.

ولكن القانون يتطلب أحياناً بالإضافة إلى هذه الشروط العامة شروطاً خاصة ببعض الدعاوى، كما أنه توجد شروط سلبية، أو موانع لقبول الدعوى.

فالشروط الخاصة: هي التي يتطلب القانون توافرها في دعوى معينة دون غيرها من الدعاوى. ومثالها المواعيد الخاصة ببعض الدعاوى كأن ترفع دعوى الحيازة خلال سنة من بدء الاعتداء، أو العمل.[2]

وعند النظر في أراء الشراح حول شرط الأهلية في الدعوى يظهر تبايناً واضحاً في محل اشتراط هذا الشرط.

---

١. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (٩١). وانظر: إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦١٧).

٢. فهمي ، مبادئ القضاء المدني، (٩١).

فحيث يذهب جانب منهم إلى القول بأنها شرط لازم لقبول الدعوى ابتـداء أمام القضاء. يذهب فريق منهم إلى أن شروط الدعوى محصورة في المـصلحة، والصفة فقط، ويخرجون الأهلية من جملتها.

ويذهب جمهورهم كما يدعي البعض، إلى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، لأن دعوى عديم الأهلية، أو ناقصها، تكـون مقبولـة إذا تحققـت مصلحة في رفعها، وتولدت لديه الصفة.

ولا يترتب على عدم توافر الأهلية لديه عجزه عن مباشرة الدعوى بنفسه، ويجب أن يباشرها نيابة عنه وليه، أو وصيه.[1]

وهم يشترطون الأهلية لصحة انعقاد الخصومة، فيشترطون أن يكون كـل من المدعي، والمدعى عليه، أهلا للتقاضي، وإلا باشر الدعوى من يقوم مقامهما؛ كالوصي، والولي بالنسبة للقاصر، وكالقيم بالنسبة للمحجور عليه.

ويجب أن تراعى الأهلية فيمن يتولى الوصاية، أو الولاية، أو القيومـة، أو النيابة عمن لا تتوافر فيه.[2]

فإذا فقد أحد الخصوم أهليته للتقاضي أثناء نظر الدعوى، انقطعت إجراءاتها دون أن تبطل إجراءاتها السابقة عليه.

أما إذا باشر الدعوى ابتداء من ليس أهلاً للتقاضي. سواء باعتباره مـدعياً، أو مدعى عليه، فتكون الإجراءات باطلة. ويجري القضاء في مصر على اعتبـار الإجراءات إذا استكمل الشخص أهليته أثناء نظر الدعوى، أو إذا تدخل فيها مـن يمثله تمثيلاً صحيحاً.[3]

---

١. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦١٧- ٦١٨). مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٤). المنشاوي، عبد الحميد، التعليـق على قانون المرافعات طبقاً للتعـديلات فـي القـانونين (٦) ١٩٩١م ، و(٢٣) ١٩٩٢م ، دار الفكـر الجـامعي ، الإسكندرية ١٩٩٣م، (١٦).

٢. قسطو ، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٨). أبو الوفا ، أحمد ، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (منشأة المعارف ، الإسكندرية ، الطبعة الرابعة١٩٨٤م)، (٣٧٤).

٣. أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، (٣٧٤). عمر، أصول المرافعات المدنيـة والتجاريـة، (٦٧٤). وانظر: الناهي، صلاح الين، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، (دار الجيـل ، بيـروت ، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ)، (٦٧- وما بعدها).

ورفع الدعوى من فاقد الأهلية، أو عليه يؤدي إلى بطلان الخصومة، فتكون باطلة برمتها، على اعتبار أنه يشترط لصحتها أن ترفع من ذي أهلية، على ذي أهلية. وقيل: إن البطلان يعتري ذات الصحيفة، على اعتبار أنه يشترط لصحة الإجراء أن يوالى من ذي أهلية، على ذي أهلية.

وقيل أيضاً: إن رفع الدعوى من فاقد الأهلية، أو عليه، يؤدي إلى عدم قبولها، تأسيساً على أن لا صفة له في هذا الصدد.

ويلاحظ أن فرصة التمسك بعدم القبول تكون فقط أثناء نظر الدعوى. بينما يجوز التمسك ببطلان الخصومة، والحكم الصادر فيها بسبب فقد الأهلية على صورة استئناف استثنائي يرفع عملاً بالمادة (٢٢١) من قانون المرافعات المصري رقم (١٣) لسنة (١٩٦٨م). ويحدد أهلية الشخص للتقاضي قانون أحواله الشخصية.[١]

ولم أقف على استثناءات واردة على الأهلية عند من يقول بها من شراح القوانين الوضعية سوا ما ذكره البعض من أن المادتين (٥٦،٥٥) من قانون الولاية على المال المصري تذكر: بأنه يجوز للقاصر الذي بلغ ثمانية عشر عاماً أن يحصل على إذن من محكمة الأحوال الشخصية بالتصريح له بأن يحصل على أمواله كلها، أو بعضها لإدارتها، ويجوز له أعمال الإدارة عدا الإستثناءات المنصوص عليها في المادة (٥٦) على سبيل الحصر، فإذا حصل على هذا الإذن فقال بعض الشراح: إنه يجوز اختصامه فيما يتعلق بإدارة الأموال المأذون له بإدارتها. كذلك يجوز له أن يرفع دعوى للمطالبة بحقوق الإدارة الناشئة عن هذه الأموال دون الحصول على إذن من محكمة الأحوال الشخصية.[٢]

وهذا ما يعطي تصوراً واضحاً بأنهم حينما يشترطون الأهلية في التقاضي فهم يعنون بذلك الأهلية الكاملة في الأصل فيما يظهر لي.

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٥). قسطو ، القواعد العامة للمرافعات المدنية ، (١٨) .

٢. الديناصوري، عزالدين، وعكاز، حامد، التعليق على قانون المرافعات، (شركة الجلال للطباعة، الاسكندرية، الطبعة العاشرة٢٠٠٢م)، (١٣٩/١ـ ١٤٠). وانظر كذلك، (٦٢/١) من المرجع السابق.

ولا ينتقض هذا بأن هناك في القوانين ما يعرف بالخصم الناقص في مقابل الخصم الكامل. فهم يعرفون الخصم الكامل بأنه الشخص الذي يكون طرفـاً فـي خصومة يباشرها بنفسه، لا عن طريق ممثله الإجرائي، وفي ذات الوقـت يكـون طرفاً في الدعوى، وفي الحق موضوع الدعوى. وهو ما يرتب إسـناد المركـز القانون للخصم بهذا الوصف كاملاً بكافة مكوناته. أما الخصم الناقص فلا تتـوفر فيه كل هذه العناصر. ولذا لا يسند له القانون كافة الحقوق، والواجبات الإجرائيـة المكونة لمركز الخصم.

وهناك العديد من أنواع الخصم الناقص أهمها: الخصم المركب (الخـصم الأصيل، والخصم الممثل)، والمقصود به الخصم الذي يتقاضى عن طريق شخص آخر هو الممثل الإجرائي. ومثاله الولي الذي يمثل القاصر في الخصومة، إذ تكون الدعوى باسم القاصر، وهو الخصم الأصيل الذي تنصرف إليه آثار الحكم الصادر في الخصومة، بما في ذلك المسئولية عـن الإجـراءات. لكـن الـولي (الممثـل الإجرائي) هو الذي يباشر الإجراءات بإرادته وتتخذ في مواجهته، ولذا فإنه الوحيد الذي يعتد به القانون بالنسبة للقواعد المنظمة لمباشرتها، وهو الذي يعتد بإرادتـه لتقرير هذه الإجراءات، أو صحتها، أو المسئولية عنها. ويتميز بذلك عن المحامي الذي لا يعد خصماً، وإنما يعمل بإرادة الممثل، لتقديم معاونة فنية.[1]

وفي حالة إقامة الدعوى على فاقد الأهلية، ولم يكن له من يمثلـه قانونـاً، فللمدعي أن يلتمس من المحكمة تعيين ممثل خاص يقوم بتمثيله، ريثما يتم تعيـين ممثل قانوني له.

ويعتبر السنديك خصما في الدعاوى التي تقام على المفلـس الـذي أشـهر إفلاسه، وكذلك يكون من اختصاصه المطالبة بالحقوق التي تعود للمفلس، وتمثيـل المفلس أمام القضاء بشرط أن لا يكون هذا الحـق، متعلقـاً بـشخص المفلـس؛ كالتعويض عن جرائم الإعتبار.[2]

---

١. فهمي ، مبادئ القضاء المدني، (٤٣٣- ٤٣٥).

2 . قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٩-٢٠). عبدالتواب، الوسيط في الجنحة المباشرة والـدعوى المدنيـة أمام القضاء الجنائي، (١٣٧) .

المبحث الثالث

شرط أهلية التداعي في نظام المرافعات الشرعية

لم أحظ بنص في نظام المرافعات الشرعية على اشتراط الأهلية صراحة. لكنه لم يخل من إشارات تدل على اعتبار هذا الشرط؛ حيث ترتب عليه عدد من الآثار، ولعل النظام في هذا الصدد تبع قانون المرافعات المصري للتشابه الواضح بينهما في العديد من المواطن، مع الأسبقية الزمانية للقانون المصري.

ينص النظام في المادة (٣٠) على أن اختصاص محاكم المملكة يستتبع الإختصاص بنظر المسائل الأولية.[١]

وقد فسرت اللائحة التنفيذية للنظام تلك المسائل الأولية، وجعلت منها النظر في الأهلية قبل السير في الدعوى.[٢]

وما نظمها في سلك المسائل الأولية، وتقديمها على السير في الدعوى، إلا دليل اعتبارها فيها، وكونها أمر متطلب في التقاضي، وفي إجراءاته، قبل الخوض في موضوع الدعوى.

وولاية الأب هي حق مكتسب بموجب الشرع على أولاده، ممن لم يكتسبوا الأهلية المعتبرة، التي تخولهم حق التصرف. لذا فقد نصت لائحة النظام التنفيذية أن ولاية الأب على أولاده غير خاضعة لقضاء القاضي، لأنها ولاية شرعية، والولاية الشرعية تثبت في حال انعدام الأهلية، وعدم صحة التصرف، فتصرف الأب عن أولاده، لا يحتاج إلى إذن المحكمة.[٣]

ويظهر من هذا النص أيضاً أن المرجع في تحديد أهلية الشخص من عدمها، هو الشريعة الإسلامية كما نص عليه النظام صراحة في مادته الأولى،

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٠). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (١٦٥).

٢. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/١/٣٠). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (١٦٥).

٣. نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٢).لائحة النظام التنفيذية، (م/٨٠٧/٣٢). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (١٧٨).

وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة. وما يصدره ولي الأمر من أنظمة، لا تتعـارض مع الكتاب، والسنة.

والقاضي بهذا مقيد بالشرع، وما حصل فيه اختلاف في الرأي، فإنه يجتهد فيه مع القدرة، والإمكان؛ كما قد تقرر ذلك عند علماء الشريعة.

وقد أعطى النظام من خلال ما نصت عليه لائحته التنفيذية الحق للقاضـي في عزل الأولياء، والأوصياء، والنظار عند فقدهم الأهلية المعتبرة شرعاً.[1]

ولو لم تكن الأهلية معتبرة أصلاً في أطراف الدعوى، لم تكن في نـوابهم، فالنائب يقوم مقام من ناب عنه، فيما ناب فيه. بل هم فرع، وأهل الـدعوى هـم الأصل، فمن باب الأولوية افتراض اعتبار طلبه هنا.

وترتيباً على ذلك فنظام المرافعات الشرعية قد أجاز لطرفي الدعوى الدفع بعدم قبول الدعوى لانعدام الأهلية، بل أعطى هذا الحق للمحكمة، فتحكم بـه مـن تلقاء نفسها، وأجاز الدفع به في أي مرحلة من مراحل الدعوى.[2]

بل وجعل فقد الأهلية سبباً لإنقطاع الدعوى، وكأن الأهلية في عرف النظام شرطاً إجرائيا، لا شرطاً موضوعياً يمس الحق موضوع الدعوى.

ومما يؤكد ذلك أنه لا يترتب على الإنقطاع بطلان الإجـراءات الـسابقة، ويجوز للقاضي استئناف نظر الدعوى من حيث انتهت.[3]

وهو موافق أيضاً لما نص عليه قانون المرافعات المـصري فـي مادتـه الثلاثين بعد المائة.[4]

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٢). لائحة النظام المرافعات التنفيذية ، (م/٣٢/١٠). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (١٧٨).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/٧٢- ٧٣).لائحة النظام التنفيذية، (م/٧٢- ٧٣) . وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٣١٩ـ ٣٢٠). الصاوي، الوسيط، (٢٦٧).

٣. نظام المرافعات الشرعية ، (م/٨٤). لائحة النظام التنفيذية ، (م/٨٦/ ١ ،٨٧/ ١) . وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٣٨٦ـ٣٨٩). الهبوب، بكر بن عبداللطيف، نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية، مجلة العدل، العدد(٨٢)، شوال١٤٢٦هـ، (١٧٦). الديناصوري وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، (١٤٠٤/١، ١٤٣٢). الصاوي، الوسيط، (٥٣٠،٥٣١).

٤. المنشاوي ، التعليق على قانون المرافعات، (١٩٨) .

ولو حصل فقد لأهلية التقاضي أثناء نظر الدعوى، فإن الدعوى تنقطع كما نص على ذلك النظام في المادة (٨٤) لكن بينت اللائحة التنفيذية للنظام أنـه إذا حصل الإنقطاع قبل الجلسة المحددة لنظر القضية، وحضر وارث المتوفى، أو من يقوم مقام من فقد الأهلية، وباشر الدعوى في الجلسة المحددة، فـإن الـدعوى لا تنقطع بذلك.[١]

وبذلك أرى أن شرط أهلية التقاضي، شـرط اعتبـره نظـام المرافعـات الشرعية، وإن لم ينص عليه صراحة، بدليل أنه رتب عليه آثـاراً تتعلـق بـسير الخصومة، والمرافعة فيها.

والنظام لم يكن بعيداً من قانون المرافعات المدنية والتجاريـة المـصري، والذي بدوره لم ينص عليه صراحة.

لكن جاء في نظام المرافعات الشرعية في مادته الأولى: " تطبق المحـاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة."

وقد تقدم في المبحث الأول من هذا الفصل البيان للرأي في فقـه الـشريعة الإسلامية، واعتبار الأهلية شرطاً لقبول الدعوى،[٢] وبذلك فهـي شـرط معتبـر ومطلوب في نظام المرافعات الشرعية لما تقدم.

---

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٨٧/ ٢). وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظـام المرافعـات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٤٠٢ـ٤٠٣). الديناصـوري وعكـاز، التعليـق علـى قـانون المرافعـات، (١٤٢٦/١).

٢. انظر: (٨٧) من هذه الدراسة.

المبحث الرابع

الآثار المترتبة على شرط الأهلية

يترتب على توافر شرط الأهلية في أطراف الدعوى، أن يكون لهم الحـق في مباشرة دعواهم بأنفسهم، ولهم الحق أيضاً في أن يوكلوا من ينوب عنهم فـي مباشرة الدعوى، وهو ما يعرف بوكيل الخصومة، أو توكيل محام، دون أن يكون ذلك على سبيل الإلزام عليهم بل الخيار عائد إليهم.[1]

في طبيعة الحال يكون لهم مع توافر هذا الـشرط، الحـق فـي مباشـرة الدعوى، لكن المباشرة الفعلية مرهونة بتوافر شروط صحة الدعوى، أو شـروط قبولها. لكن إذا تخلف شرط الأهلية في أحد أطراف الدعوى، أو فيهمـا كليهمـا، فماذا يترتب على ذلك. وما الذي يلزم عليه ؟

بداية لا يجوز لهم، ولا يصح منهم مباشرة الدعوى، ويجـب أن يباشـرها نيابة عنهم الولي، أو الوصي.[2]

فإذا باشر الدعوى من ليس أهلاً لمباشرتها كانت دعـواه مقبولـة، ولكـن إجراءات الخصومة تكون باطلة. والفرق بين الرأي المستلزم للأهليـة، والـرأي الذي يراها لازمة للخصومة فقط، أنه على الرأي الأول يكون الدفع الذي تدفع بـه الدعوى دفعاً بعدم القبول، بينما يكون الدفع على الرأي الثاني دفعاً بالبطلان.[3]

وبطلان إجراءات الخصومة لعدم الأهلية؛ هـو بطـلان متجـدد، يلحـق بالخصومة في جميع مراحلها، فيجوز الدفع به في أية حالة تكون عليها الدعوى.

ويكون للمدعى عليه ولو كان كامل الأهلية أن يـدفع بـالبطلان لانعـدام الأهلية، حتى لا يجبر على موالاة إجراءات خصومة معرضة للبطلان، فتـضار

---

١. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). ابن قدامـة، المغنـي، (١٤/ ٢٧٥). إبـراهيم، الـوجيز فـي المرافعـات، (٦١٧ـ٦١٨).

٢. انظر : (٨٧).

٣. ابراهيم ، الوجيز في المرافعات ، (٦١٨) .

مصلحته ببطلان الحكم الصادر فيها. ويكون على المحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها، حتى تتفادى السير في إجراءات مهددة بالزوال، والبطلان.[1]

وفي هذا الصدد لم يكن نظام المرافعات الشرعية بعيدا من هـذا الموقـف القانوني، فقد أجاز لطرفي الدعوى الدفع بعدم قبول الـدعوى لانعـدام الأهليـة، وأعطى المحكمة الحق في الحكم به من تلقاء نفسها، وأجاز الـدفع بـه فـي أي مرحلة من مراحل الدعوى تكون عليها.

وتحكم المحكمة في هذا الدفع وغيره من الدفوع على استقلال، ما لم تقرر ضمه إلى موضوع الدعوى، وعندئذٍ تبين ما حكمت به فـي كـل مـن الـدفع، والموضوع.[2]

في حين اختلف الرأي في الفقه القانوني المصري فيما إذا أقيمت الـدعوى من عديم الأهلية، هل يقضى بعدم القبول لانعدام الصفة، أو لبطلان الإجراءات؟

فذهب فريق منهم إلى القول بأن الدعوى تعتبر مرفوعة من غير ذي صفة، على اعتبار أن القاصر لا صفة له في الذود عن حقه.

بينما ذهب الفريق الآخر إلى أن الخصومة برمتهـا تكـون باطلـة، وأن البطلان يلحق ذات صحيفة الدعوى، على اعتبار أن هذا الإجراء وحـده يلحقـه البطلان، وإذا تدخل الوصي فإن الإجراء يصح.[3]

وفقد الأهلية أثناء سير الدعوى يعد سبباً لانقطاع الدعوى، وانقطاع الدعوى هو وقف السير فيها بقوة القانون، لقيام سبب من أسباب الإنقطاع التي وردت في القانون، أو النظام على سبيل الحصر. وجاء منها فقد الخصم أهلية الخصومة، كما إذا حكم بتوقيع الحجر عليه لسفه، أو جنون، أو حكم بشهر إفلاسه.

ويتم وقف الخصومة بمجرد قيام السبب الموجب للانقطاع، وبغير حاجـة إلى صدور حكم به، لأن صدور هذا الحكم يستلزم علـم الخـصم بقيـام سـبب الإنقطاع، وقد لا يعلم به.

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية. (٣٧٥).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/٧٢- ٧٣).لائحة النظام التنفيذية، (م/٧٢- ٧٣)

٣. أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (١٢٤).

ويرد الإنقطاع على سائر الإجراءات التي تتخذ شكل خصومة، أياً كانـت مادتها، وأياً كانت طبيعتها، وأياً كانت صفة أطرافها، أو مميزاتهم.[1]

وقد نص نظام المرافعات الشرعية على أن فقد أهلية الخصومة من أسباب انقطاع سيرها. وبين من خلال لائحته التنفيذية: أنه لا يترتـب علـى الانقطـاع بطلان الإجراءات السابقة، ويجوز للقاضي استئناف نظر الـدعوى مـن حيـث انتهت.[2]

---

١. أبو الوفا ، التعليق على قانون المرافعات، (٥٨٠-٥٩١). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٩٨- ٢٠٢).

٢. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٨٤). لائحة النظام التنفيذية ، (م/ ٨٦/ ١،٨٧/ ١). الهبوب، بكر بن عبـداللطيف، نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية، مجلة العدل، العدد(٨٢)، شـوال١٤٢٦هـ ـ، (١٧٦). الديناصـوري وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، (١٤٠٤/١، ١٤٣٢). الصاوي، الوسيط، (٥٣٠، ٥٣١).

المبحث الخامس

أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية

تقدم أن القوانين الوضعية، والتنظيمات الحديثة تتفق مع الشريعة الإسلامية في اعتبار الأهلية، وإن اختلفت عباراتهم في النص على ذلك. ففقهاء الشريعة الإسلامية يجعلونه شرط صحة للدعوى، وهو عندهم شرط لا يتعلق بموضوع الدعوى؛ بل بمباشرتها بدليل أنهم يقبلون الدعوى من ولي، أو وصي الصغير، أو المجنون، ويقبلونها من المدعي إذا زال المانع؛ كما لو بلغ الصبي، أو أفاق المجنون، وفي المقابل تقبل عليه كذلك.[1]

هذا في الأعم الأغلب وإن كانت هناك بعض الإستثناءات التي أوردها بعض الفقهاء كما تقدم، لكن هذا هو الأصل.

وأما القانون الوضعي فهو يعتبر الأهلية شرطاً لصحة إجراءات الدعوى، أو بالأحرى كما يقال: هي شرط لصحة الإدعاء لا لصحة الدعوى، فهم يفرقون بين الدعوى، وهي عند بعضهم الحق، وبين الإدعاء، وهو إجراء من إجراءات الخصومة، لذلك لا تنعقد الخصومة بين أطرافها إذا لم يكونوا أهلاً للتقاضي، وإلا فإنهم يوجبون أن يباشرها من يقوم مقامهم من ولي، أو وصي، أو قيم.

يظهر كذلك أيضاً أن شراح القوانين الوضعية يتطلبون الأهلية الكاملة إلا في حالة في قانون المال المصري، فلا يمكن بحال عندهم قبول الدعوى من أو على من ليس أهلاً للتقاضي، وإن كان هناك لديهم توجه قضائي بقبولها إذا استكملت الأهلية أثناء نظر الدعوى واعتبار الإجراءات السابقة عليها ، وكذلك إذا تدخل من يمثل من لم يكن أهلاً أثناء نظر الدعوى[2].

---

١. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). ابن نجيم، البحر الرائق، (١٩١/٧).

٢. أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٣٧٤). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٨). الديناصوري وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، (١٣٩/١ـ ١٤٠). الصاوي، الوسيط، (١٦٣).

بينما في فقه الشريعة الإسلامية ذهب بعض الفقهاء على الراجح إلى أنه لا تشترط الأهلية الكاملة، حيث أجاز فقهاء الحنفية الدعوى من الصبي المأذون لـه بالتجارة والمخاصمة والدعوى عليه، وفي حكمه العبد المأذون له أيضاً.[1]

وأما المالكية فقد قال بعضهم بجواز دعوى المحجور عليه، وطلبه لحقوقه، ولا يمنع من ذلك في حضور وليه أو غيبته.[2]

وأما إذا كان مدعى عليه فإنه يجوز للمدعي الإدعاء فيما إذا كانت الدعوى في شيء مما يلزمه في حالة قيام البينة ولا يلزمه بإقراره كالغـصب والإتـلاف ونحو ذلك مما لا يوجب القصاص . وقيل : بالجواز مطلقاً كما في دعواه .

وكذا إذا كانت الدعوى فيما يلزمه بإقراره كالطلاق والجراح التي توجـب القصاص إذا كان المحجور بالغاً فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكـار بخلاف الإتلاف فإنه لا يكلف إقراراً ولا إنكاراً بل تسمع الـدعوى والبينـة بهـا ويحكم بذلك في مال المحجور عليه.[3]

ويتفق الشافعية مع المالكية في دعاوى الإتلاف فتسمح الدعاوى فيها علـى غير المكلف وتسمع البينة بها.

وأما المحجور عليه لسفه أو فلس أورق فإن الدعوى تسمع عليه فيما يصح به إقراره .

وأما الصغير والمجنون فهم يرون سماع الدعوى عليهما وسماع البينة بهـا إذا كان وليهما غائباً أما مع حضوره فإن الدعوى تكون عليه .[4]

ويتفق الحنابلة مع الشافعية فيما يتعلق بسماع الدعوى على السفيه فأجازوها فيما يؤخذ به حال سفهه كطلاق وحد قذف.[5]

ومما تقدم يظهر أن مسألة أهلية التقاضي نالت من فقهاء الشريعة الإسلامية حظاً وافراً، ونظراً واسعاً، حيث أعطوا المسألة حقها من العمق، فلم يطلقوا حكماً

---

١. الطرابلسي، معين الحكام، (٥٩). حيدر، درر الحكام، (١٥٦/٤).

٢. الحطاب، مواهب الجليل، (١٢٣/٨ـ١٢٤).

٣. التسولي، البهجة شرح التحفة،(٣٠/١). ابن فرحون، تبصرة الحكام،(١١٤/١). الحطاب، مواهب الجليل،(١٢٣/٨)

٤. حاشية الشرقاوي، (٣٨٢/٢). الهيتمي، تحفة المحتاج، (٤٩/٩). الحصني، كفاية الأخيار، (٥٠٦/١).

٥. المرداوي، الإنصاف، (٤١١/٢٨). النجدي، حاشية المنتهى، (٣٢٤/٥).

عاماً بحيث يكون كقاعدة عامة يتطلب تحققها في جميع الدعاوى، بل نظروا إلـى اختلاف الدعاوى، واختلاف الأحوال، فـدعاوى الإتـلاف والـضمان لا تتعلـق بالتكليف بقدر تعلقها بالأحكام الوضعية، وأيضاً فالعلة من تعلق الأحكـام بـالبلوغ على سبيل المثال هو من باب المظنة أي كون البالغ مظنة التمييز بـين النـافع، والضار، والتصرف وفق ما تمليه عليه مصلحته من تجنب المـضار، وتحقيـق المصالح، والمنافع.

وهذه المظنة يمكن تحققها قبل البلوغ في بعض الأفـراد، فتظهـر علـيهم علامة التمييز، والنجابة، وهو ما يدفع وليه لأن يأذن له في بعض التصرفات، أو يطلق له التصرف؛ كالبالغ، وهو ما يحقق له مصلحة في العاجل والآجل.

وهذا التوجه عند فقهاء الشريعة السمحة لم أقف على نظير له عند شـراح القوانين الوضعية.

الفصـل الثـالث

شـرط الصـفة في الدعـوى

ويتضمن أربعة مباحث :

المبحث الأول : الصفة في المدعي.

المبحث الثاني : الصفة في المدعى عليه.

المبحث الثالث : الآثار المترتبة على شرط الصفة.

المبحث الرابع : أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية.

المبحث الأول

الصـفة في المدعـي

ويتضمن هذا المبحث ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: الصفة في المدعي في فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الصفة في المدعي في القوانين الوضعية.

المطلب الثالث: الصفة في المدعي في نظام المرافعات الشرعية.

المطلب الأول

صفة المدعي في فقه الشريعة الإسلامية

ويقصد به من له حق الخصومة، وإقامة الدعوى.[١]

من أجل ذلك كان الإتفاق بين الفقهاء؛ علـى اشـتراط الـصفة المخولـة للإدعاء، بأن يكون المدعي ذا شأن في الدعوى، يعترف به الشرع، ويراه كافيـاً لتخويل المدعي حق الإدعاء.[٢]

ولفظ الصفة بهذا المعنى، غير شائع الإستعمال لدى فقهاء الشريعة حـسب ما وقفت عليه، ولم أجد من ذكره بهذا اللفظ إلا بعض الحنفية[٣]، وإنما جل ما وقفت عليه، هو أنهم يعبرون عن هذا المعنى من خلال تعديد من له حق الخصومة.

وعلى ذلك فدعوى غير من تحقق فيه الوصف الـشرعي، دعـوى غيـر صحيحة إلا دعوى الحسبة.[٤]

لكن هناك من يرى أن دعوى المتبرع دعوى صحيحة، وفي ذلـك يقـول الشوكاني رحمه الله[٥]: "قد أمر الله سبحانه بالتعاون على البر، والتقوى، وأوجـب

---

١. أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٣٢).

٢. ياسين ، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات التجارية والمدنية ، (٢٧٨).

٣. انظر : السمناني ، روضة القضاة ، (١٦٦/١) .

٤. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٧٥).

٥. هو محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني ، فقيه مجتهد من كبار علماء اليمن ولد سنة ١١٧٣هـ ـ بهجـرة شوكان من بلاد خولان باليمن ، وولي قضاء صنعاء ومات حاكماً بها سنة ١٢٥٠هـ وكان يرى تحريم التقليـد ولـه

على عباده الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر. ومعلوم أن من كان عليه حـق لآدمي، فعاون من له الحق بعض من له إطلاع على الحقيقة، ولاسيما إذا كان من له الحق لا يطيق الدخول في الخصومات، أو كان مؤثراً للسلامة من ذلك، فمعلوم أن الأخذ على يد من عليه الحق حتى يرد ما عليه، هو من جملة مـا شـرعه الله لعباده من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، ولا شك أن إصدار الدعوى هنـا هي أقل رتب التناكر، والتعاون، فما وجه المخصص له، والموجب لبطلانه، وعدم سماعه، ودعوى أنه لا يقبل في حق آدمي محض. نعم إذا كان من له الحق راغباً عنه، لم يكن لغيره أن يكون أحرص منه على ما هو له".[1]

ولكن شأن الخصومة أنها شرعت لحاجة، وهي قطع نـزاع المتنـازعين، وصاحب الحق إن لم يستطع أن يدعي بنفسه، فله أن يوكل غيره، وما دام أنه ترك ما هو مشروع له، فهذه قرينة لرغبته عن حقه، وبهذا يتفق قول الشوكاني مع قول الجمهور، والله تعالى أعلم.

وتحقق هذا الشرط في المدعي يختلف فيما إذا كانت الدعوى متعلقة بحقوق العباد، أو كانت تتعلق بحق الله، أو ما يطلق عليها بـالحقوق العامـة، أو الحـق الشرعي العام.[2]

فأما إذا كانت الدعوى تتعلق بحقوق العباد، فإن الصفة المطلوبة فيها هنـا تتحقق بصور هي:

أولاً: المدعي الأصيل

وهو من يطالب بحق لنفسه، وهذا يمكّن من إقامة البينة على صحة دعواه، ولا خلاف في هذا، وهو الأصل.[3]

مؤلفات عديدة قاربت ١١٤ مؤلفاً، أشهرها نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، وفتح القدير فـي التفـسير، والـسيل الجرار في نقد كتاب الأزهار. انظر: الشوكاني ، محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تحقيـق: العمري، حسين عبدالله، (دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى١٤١٩هـ)، (٧٣٢-٧٤٢). الزركلي ، الأعلام ، (٢٩٨/٦)

١. الشوكاني ، السيل الجرار، (٤/ ١٣٧- ١٣٨).

٢. أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، (١٣٢).

٣. ابن فرحون ، تبصرة الحكام ، (١/ ١١٦). الطرابلسي ، معين الحكام ، (٦٢) ، ابـن الـشحنة ، لـسان الحكـام ، (٢٣٥). ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٧٥- ١٧٦).

ثانياً: المدعي بالنيابة

وهي إما أن تكون استنابة بالشرع كولي المحجور، أو باستنابة المدعي، أو المدعي عليه كوكيله ، أو تكون في حكم الإستنابة كالدعوى بحقوق مدينه.[1]

ويتفرع على ذلك الفروع التالية:

الأول: المدعي لمن هو تحت ولايته، وهذه استنابة بالشرع، وهنا يمكن المدعي من إقامة البينة لصحة دعواه. لكن ليس للأب، أو الوصي القيام عمن في نظرهما من ابنته، أو يتيمته إذا أضر بها زوجها في نفسها، إلا بتوكيلها، وكذا المطالبة لها بحقوقها إلا به. وهذا الإستثناء نص عليه المالكية.[2]

الثاني: المدعي لموكله. وقد نقل ابن هبيرة[3](رحمه الله تعالى): "اتفاق الأئمة على أن الوكالة من العقود الجائزة في الجملة، وأن كل ما جازت فيه النيابة من الحقوق جازت فيه الوكالة، كالبيع، والشراء، والخصومة في المطالبة بالحقوق".[4]

وعلى ذلك فالوكالة بالخصومة شكل من أشكال الوكالة بصفة عامة. وثمة حاجة لها، فليس كل إنسان يهتدي إلى وجوه الخصومات، فكل تصرف، أو عقد يجوز أن يتولاه الإنسان بنفسه، جاز أن يوكل غيره فيه.[5]

---

١. الجارم، محمد صالح، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، (مطبعة النيل، مصر، بدون طبعة)، (٦٤).

٢. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٧/١- وما بعدها). الطرابلسي، معين الحكام، (٦٢).

٣. هو الإمام العالم العادل الوزير الكامل عون الدين يمين الخلافة ، ابوالمظفر يحيى بن محمد بن هبيرة بن سعيد الشيباني الدوري العراقي الحنبلي، ولد بالعراق سنة٤٩٩هـ ، ودخل بغداد صبيا وطلب العلم وجالس الفقهاء ، كان سلفيا أثريا ، له كتاب الإفصاح عن معاني الصحاح شرح صحيحي البخاري ومسلم، والف كتاب العبادات على مذهب أحمد ، توفي سنة٥٦٠هـ. انظر: الذهبي ، سير اعلام النبلاء ، (٤١٩٧/٣-٤١٩٩) .

٤. ابن هبيرة ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، (٢/ ١٠).

٥. ابن هبيرة، الإفصاح عن معاني الصحاح، (١٢/٢-١٣). أحمد، فؤاد عبد المنعم، وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظيم القضائي في الفقه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت، (مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، بدون بيانات طبع ١٤١٣هـ)، (١٢٩، ١٣٠).

وقد اختلف الفقهاء في صحة وكالة الحاضر بلا عذر، بعد أن اتفقوا على صحة التوكيل إذا كان الموكل مريضاً، أو مسافراً سفر ثلاثة أيام، أو كان حاضراً فأراد السفر سفر ثلاثة أيام.[1]

ذهب الجمهور إلى جواز توكيل الحاضر بالبلد بغير عذر، واستثنى مالك من بينه وبين الخصم عداوة، وقد استدلوا بحديث أبي هريرة (τ) قال: كان لرجل على النبي (ρ) جمل سن من الإبل، فجاءه يتقاضاه فقال: (أعطوه، فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا سناً فوقها، فقال: أعطوه... الحديث).[2]

وقد اتفق الصحابة على جواز توكيل الحاضر بغير شرط.[3]

وأما أبو حنيفة فقال: لا تجوز الوكالة إلا برضا الخصم، وخالفه الصاحبان فقالا بقول الجمهور. لأنه يرى أن الموكل لا يخرج من الخصومة بتوكيل الوكيل.[4] واحتجوا لأبي حنيفة بحديث علي بن أبي طالب (τ) قال: قال لي النبي (ρ):(إذا تقدم إليك الخصمان، فلا تسمع كلام الأول حتى تسمع كلام الآخر ..).[5]

---

١. الخصاف ، أبو بكر أحمد بن مهير الشيباني ، أدب القاضي، تحقيق: فرحات زيادة، مطبوع مع شرحه للجصاص، (قسم النشر بالجامعة الأمريكية بالقاهرة ١٩٩٧م، بدون طبعة)، (٥٠١).

٢. صحيح البخاري، برقم (٢٣٠٥).

٣. ابن حجر ، فتح الباري لشرح صحيح البخاري، ص (٦٠٨/٤).

٤. الجصاص ، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، شرح أدب القاضي، تحقيق فرحات زيادة، (قسم النشر بالجامعة الأمريكية بالقاهرة ١٩٧٧م، بدون طبعة). (٤٩٩).

٥.رواه الإمام أحمد بن حنبل في المسند، برقم (٦٩٠)، بيت الأفكار الدولية ، الرياض ١٤١٩هـ، والبيهقي في السنن الكبرى، (٨٦/١٠) مسنداً ومنقطعاً. والسنن الكبرى، أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، تحقيق: عبد الغفار البنداري وسيد كسروي حسن، (٥/ ١١٧)برقم (٨٤٢٠)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولي ١٤١١هـ. والترمذي، في الجامع الصحيح برقم (١٣٣١) وقال: هذا حديث حسن. وأبو داوود، سليمان بن الأشعث السجستاني، في سننه، برقم (٣٥٨٢). وابن ماجه، أبي عبد الله محمد بن بن يزيد القزويني، في سننه، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي. برقم (٢٣١٠.). دار الكتب العلمية، بيروت بدون بيانات طبع. والطيالسي سليمان بن داود الجارد الطيالسي، في مسنده، تحقيق: محمد عبد المحسن التركي، برقم (١٠٠)، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى ١٤١٩هـ. والحاكم، أبي عبد الله محمد بن عبد الله، في المستدرك، دراسة وتحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، برقم (٤٦٥٨) وقال: صحيح على شرط الشيخين، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١١هـ. وأعل الحافظ بن حجر طرقه بالإختلاف والإبهام والانقطاع ولم يجزم بشيء. تلخيص الجير (٤/ ٣٣٥)، وأقره الألباني لكنه حسن الحديث بمجموع طرقه الأرواء (٨/ ٢٢٦). والحديث صحيح المعنى لكن إسناده معلول كما بينه الحافظ ابن حجر. وانظر: الشوكاني ، نيل الأوطار (٨/ ٣٠٨).

وأجابوا عن قول أبي حنيفة: (أنه لا يخرج من الخصومة..) بـأن هـذه مقصورة على وكالة المدعى عليه دون وكالة المدعي، إلا أنه إذا صح أن وكالـة المدعى عليه لم تصح إلا برضا المدعي، كانت وكالة المدعي أيـضاً مثلهـا، لا تصح إلا برضا المدعى عليه، لأن أحداً لم يفرق بين الوكالتين.

واحتج الصاحبان (ومعهم الجمهور) بأن حق الخصم إنما هو الخـصومة، وإثبات حقه، ويمكن أن يثبت حقه على الموكل بخصومته للوكيل، فإذا لم يكن في ذلك إبطال حقه جازت الوكالة.[١]

وأنكر الشوكاني صحة هذا القول عن أبي حنيفة.[٢]

وقول الجمهور هنا ظاهر الحجة وهو الراجح.[٣]

ويرى المالكية عدم جواز التوكيل لأكثر من وكيل في الخصومة، إذا كـان في نص التوكيل الإقرار، والإنكار.[٤]

وقد نقل بعض أهل العلم الاتفاق على أن إقرار الوكيل على موكله في غير مجلس الحكم لا يقبل بحال. لكنهم اختلفوا فيما إذا أقر عليه في مجلس الحكم، فقال أبو حنيفة يصح إقراره إلا أن يشترط عليه أن لا يقر عليـه، وقـال البـاقون لا يصح.[٥]

لكن عند المالكية رأي آخر، وهو أن التوكيل إذا لم ينص فيه على الإقرار، والإنكار، فإنه يعتبر ناقصاً، ويلزم إتمامه، إلا توكيل الوصي، فليس له أن يجعـل للوكيل الإقرار عليه.[٦]

---

١. الجصاص ، شرح أدب القاضي، (٥٠١).

٢. الشوكاني ، السيل الجرار، (٢١١/٤)

٣. الطريفي ، المرافعات الشرعية،(٨٨).

٤. ابن فرحون ، تبصرة الأحكام ، (١/ ١٣٢).

٥. ابن هبيرة ، الإفصاح ، (٢/ ١١).

٦. ابن فرحون ، تبصرة الأحكام ، (١/ ١٣٢).

لكن يذهب ابن حزم الظاهري[1](رحمه الله تعالى) إلى أنه لا يجوز التوكيـل على الإقرار، والإنكار أصلاً، ولا يقبل إنكار أحد عن أحد، ولا إقرار أحد علـى أحد، ولابد من قيام البينة عند الحاكم على إقرار المقر نفسه، أو إنكاره. ولا تجوز الوكالة عند الحاكم إلا لجاب البينة، وعلى طلب الحق، وعلـى تقاضـيه، وعلـى تقاضي اليمين، لأن هذا بيد الوكيل مقام يـد الموكـل، واسـتدل بقولـه تعـالى: (**ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى**}.[2] ولم يعرف التوكيـل علـى الإقرار والإنكار في عصر الرسول (ρ)، ولا في عصر أحد من الصحابة، ومـا كان هكذا فهو خلاف إجماع المسلمين، وباطل لا يجوز.[3]

والوكالة في الخصومة جائزة بعوض، وبغير عوض، فإن كانـت بعـوض فهي إجازة تلزمهما بالعقد، ولا يكون لواحد منهما التخلي، وإن كانت بغير عوض فهي معروف من الوكيل تلزمه إذا قبل، نص عليه المالكية.[4]

أما الحنفية فيذهبون إلى أن الوكيل بالخصومة إذا أبى الخصومة لا يجبـر عليها، ما لم يغب موكله، فإذا غاب يجبر عليها لدفع الضرر.[5]

ويشترط في الوكيل بالخصومة أن يكون من أهل العبارة، وأن يكون معيناً. ولا تسمع دعوى الوكالة حتى تثبت عند القاضي ببينة.[6]

واختلف في سماع الدعوى إذا أراد الوكيل سماع بينته قبل إثبـات وكالتـه عند القاضي.[7]

---

٧. هو الإمام أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم ، فارسي الأصل ثم الأندلسي القرطبي ، كان جده مولى الأمير يزيد بن أبي سفيان الأموي ، فقيه حافظ متكلم أديب ، الوزير الظاهري ، صاحب التـصانيف ، ولـد بقرطبـة سـنة ٣٨٤هـ ، له كتاب المحلى بالآثار من دواوين الإسلام العظيمة كما شهد بذلك العز بن عبدالـسلام والـذهبي ، تـوفي رحمه الله سنة٤٥٦هـ لليلتين بقيتا من شعبان . انظر : الذهبي ، سير أعلام النبلاء ، (٢٧٢٥/٢-٢٧٣٠) .

١. سورة الأنعام ، آية رقم (١٦٤).

٢. ابن حزم ، المحلي بالآثار ، (٨/ ٤٣٣- ٤٣٤).

٣. ابن فرحون، تبصرة الأحكام، (١٣٥/١-١٣٦). وانظر: عبد المنعم، الوسيط في التنظيم القضائي. (١٢٩- ١٣١).

٤. ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٧/ ٣٦٤).

٥. ابن قطلو بغا ، موجبات الأحكام ، (١٧٥).

٦. ابن فرحون ، تبصرة الأحكام، (١/ ١١٩)

الثالث: ما اصطلح عليه عند المتأخرين بالشخصية الاعتبارية، أو الشخصية المعنوية، وتسمى أيضاً الحكمية، وهي بهذه التسمية نشأت فكرتها في القوانين الأوروبية، لكنها كفكرة هي موجودة، وواضحة في كثير من أحكام الفقه الإسلامي، وإن لم تكن معروفة بهذا الاصطلاح الحديث.

وقد أخذت في بعض الأحيان اسماً أعظم شأناً، وأدعى للمحافظة على حقوقها، وذلك من خلال اندراجها فيما يسمى بحقوق الله، وهي حقوق يراد بها النفع العام من غير اختصاص بأحد.

ومما يتبع لذلك ما يعرف بمسمى الدولة (الجهة التي تحكم، وتسير أمور الناس)، وهي أمر اعتباري، فلها حقوق، وعليها واجبات، فتكون مدعية، ومدعى عليها، ويمثلها الحاكم، أو نائبه.[1]

وبيت المال ولو كان في أساسه يتبع للدولة، أو الحاكم إلا أن له كياناً مستقلاً، فله كذلك حقوق، وعليه واجبات، فيكون مدعياً، ويكون مدعى عليه، وهو وارث من لا وارث له، ومتولي بيت المال هو من تصح الدعوى منه، وعليه، وهو المالك لصفة التقاضي، وكذا ناظر الوقف لا المستحق له، والممثل هنا حكمه كحكم الوكيل. فيمكن من إقامة الدعوى، ويمكن إقامتها عليه، أما المستحق للغلة فلا يكون خصماً.[2]

وقد ذكر بعض الفقهاء أنه يشترط في دعوى وكيل بيت المال، أن يكون ذلك بإذن السلطان، وإلا لم تصح الدعوى.[3]

ومما يندرج في هذا المقام شركة المضاربة، وهي عقد شراكة بين شخص بماله، وآخر بجهده، وعمله، ولهذه الشراكة اعتبار خاص يختلف عن شخصية المضارب، وشخصية رب المال.[1]

---

١. طموم، محمد ، الشخصية المعنوية الإعتبارية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، (مطبعة حسان، القاهرة، الطبعة الثانية١٤٠٧هـ)، (٤٦، ٥٠، ٥٢).

٢. الهيتمي، تحفة المحتاج، (١٠/٢٩٩-٣٠٠). ياسين، نظرية الدعوى، (٢٨٠). طموم، الشخصية المعنوية الإعتبارية، (٥٣).

٣. البشتاوي ، محمد سليم ، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعوى والبينات ، (المطبعة العامرة الشرفية ، الطبعة الأولى ١٣١٩هـ)، (٦١) .

الرابع: المدعي على مدين المدين. وهذه المسألة لم أجدها مبحوثـة عنـد جميع المذاهب، بل الذين تطرقوا لها لم تتفق عباراتهم فيها.

فعند بعض المالكية (من المعاصرين) أنه متى ما أهمل المدين في المحافظة على حقوقه بعدم المرافعة، أو الطلب، فللدائن طلب هذه الحقوق محافظة على مال المدين، ليكون فيه الوفاء، ويمتد حق الدائن في رفع دعاوى مدينه إلى كـل حـق يجوز للدائن طلبه شرعاً، ويكون ممولاً، وليس للدائن التعرض للأحوال الشخصية إلا إذا كان فيها مال. ويشترط في استعمال حق المدين في دعاويه، أن يكون الدين حالاً، وأن يكون مال المدين لا يفي بدينه، فإن كان مؤجلاً، أو يفي بدينه، فليس له التعرض لمدينه إلا تبرعه بما ينقص ماله عن الدين.

ويشمل حق استعمال دعوى مدينه، مدين المدين، لأن مال مدين المدين هو مال للمدين، وبإضافته لمال المدين يكون فيه الوفاء، بشرط زائد عـن الـشرطين السابقين، وهو أن يكون مال المدين لا يفي بالدين، ومال مدين المدين لا يفي بدين المدين، فإن وفى مال المدين، فليس للدائنين مطالبة مدين المـدين، ومتـى وجـد الشرطان جاز للدائن أن يرفع دعوى المدين من غير إنذار، ولا تنبيه.[٢]

أما الحنفية فالأصل عندهم أن مدين المدين لا يكون خصماً، وبالتالي فليس لأحد أن يثبت مطلوبه في ذمة الميت، أو الغائب في مواجهة مدينهما، ولـيس لـه تحليفه إذا عجز عن الإثبات. أما إذا أثبت الدائن دينه الذي في ذمة المتـوفى فـي مواجهة خصم شرعي كالوارث، أو الوصي، وأقر مدين المتـوفى بأنـه مـدين للمتوفى، فإن القاضي يأمره بأن يؤدي دينه الذي للمتوفى لهذا الدائن.[٣] وهذا يـدل على جواز رفع الدعوى في مواجهة مدين المدين بالشرط المذكور سابقاً.

---

٤. طموم ، الشخصية المعنوية الإعتبارية ، (٥٣) .

1. حسين، سيد عبد على، المقارنات التشريعية، (دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٦٦هـ)، (٢/ ٣١٥- ٣١٧).

2. حيدر ، درر الحكام، (٤/ ٢٤٦) .

وذكر بعض المعاصرين تتميماً على تلك الشروط، أنه لابد أن يحيط الدين بماله، ويشهر إفلاسه.[1] وعليه فيكون بذلك محجورا عليه ممنوعا من التصرف بما يضر بغرمائه.[2]

وأما الشافعية فالأصل عندهم أن من يدعي حقاً لغيره وليس بوكيل ولا ولي ولكن مقصوده أن يتوصل إلى حقه كمن أحضر شخصاً للقاضي وقال: لي على فلان الغائب دين، وهذا وكيله، فإن أنكر الحاضر الوكالة، وقال: إنه ليس بوكيل، أو قال: لا أعلم أني وكيله، فقال المدعي: لي بينة على أنه وكيله، فإنها لا تسمع على الأصح، لأن الوكالة حق للوكيل، فليس لغيره أن يدعي بغير إذنه. والثاني أنها تسمع لأن له في ذلك غرضاً صحيحاً، وهو الخلاص من اليمين للحكم. ومن ذلك غريم الغريم فقالوا: بجواز أخذه مال غريم غريمه، ولو رد الغريم إقرار غريمه، أو جحد الغريم استحقاق دائن الدائن، وشرطه أن لا يظفر بمال الغريم، وأن يكون غريم الغريم جاحداً، أو ممتنعاً أيضاً. لكنهم مع ذلك قالوا إن دعواه لا تسمع.[3] فأجازوا أخذ المال ، ومنعوا سماع الدعوى عليه.

وذكر بعض المعاصرين في جواز الدعوى على مدين المدين عند الشافعية، أن هذا هو مقتضى قاعدتهم: أن من يدعي حقاً لغيره فإن كان منتقلاً إليه صحت دعواه، وإلا فلا.[4] وهذا المقتضى لم أجد النص المفرع عليه هنا؛ بل قولهم واضح في عدم سماع الدعوى على غريم الغريم كما تقدم.

وأما ما يتعلق بالحقوق العامة، أو الحق الشرعي العام فيستطيع كل إنسان مسلم أن يقوم بهذه الصفة، لأنها من قبيل الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وهما واجبان.[5]

ويمكن الكلام على ذلك في الصور التالية:

---

٣ . ياسين ، نظرية الدعوى، (٢٨٠- ٢٨١).

٤ . ابن القاص ، أدب القاضي ، (٤٢٧/٢-٤٣١).

١. الغزي ، أدب القضاء، (١٦٢- ١٦٣). الهيتمي ، تحفة المحتاج، (١٠/ ٢٩١).

٢. ياسين ، نظرية الدعوى، (٢٨٠- ٢٨١).

٣. أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٣٢).

الأولى: المدعى حسبة. والحسبة في اللغة تأتي بمعان عديدة؛ منها "احتساب الأجر، بأن يعده في الأشياء المذخورة له عند الله تعالى".[١]

ولفقهاء المذاهب في دعوى الحسبة أراء متقاربة أعرض لها فيما يلي:

الحنفية يرون أن حق الشرع المحض لا يحتاج إلى دعوى؛ بل تكفي فيه الشهادة حسبة، وذلك كأصل الوقف إن كان على الفقراء، أو على المسجد، وإنما قبلت الشهادة في هذه الأمور بلا دعوى، لأنها حق الله، وحقه يجب على كل أحد القيام بإثباته، والشاهد من جملة من عليه ذلك، فكان قائماً بالخصومة من جهة الوجوب، وشاهداً من جهة تحمل ذلك، فلم يحتج إلى خصم آخر.[٢]

والمراد هنا بحق الله، أو الشرع ما تعلق نفعه بالعامة.[٣]

والحنفية بذلك يجيزون سماع البينة بلا دعوى في حقوق الله، فيجوز إثباتها بمدع شهد بها، فيكون مدعيا شاهدا، إذا كان معه آخر، وصرح بعضهم بأن شاهد الحسبة ليس مدعياً، وقال آخرون: أنه لابد أن يكون مدعياً إن لم يكن مدع غيره، وفرعوا أن كل ما تقبل فيه الشهادة حسبة، يصدق عليه أنه تقبل فيه الدعوى حسبة، بل ذهب البعض منهم إلى أنه يجوز الإحتساب فيما ليس فيه حد مقدر بلفظ الإخبار، فلا يحتاج إلى لفظ الشهادة، ولا إلى مجلس القضاء.[٤]

أما إذا كان حق الشرع غالب على حق العبد، أو حق العبد غالب على حق الله، فلهم تفصيل في ذلك.[٥] ونقل بعضهم عدم قبول شهادة الحسبة (أو دعواها) إذا كانت بحق (محض) للعبد.[٦]

وأجاز المالكية الدعوى حسبة في محض حقوق الله الخالصة، كالعتق، والطلاق، والوقف، والصلاة، والصيام، والزكاة، والحج، بمعنى أنه يدعي على

---

٤. ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، (٢/ ٥٩- ٦١).

١. الجارم ، المجاني الزهرية ، (٦١ -٦٢) .

٢. البشتاوي ، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعوى والبينات ، (٣) .

٣. البشتاوي ، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعوى والبينات ، (٢، ٣، ٥) .

٤. انظر: العيني ، البناية في شرح الهداية ، (١٢٢/٨) .البشتاوي ، جواهر الروايات ودرر الدرايات ، (٦-٧) . ياسين، نظرية الدعوى، (٢٨٣- ٢٨٤).

٥ . البشتاوي ، جواهر الروايات ، (٦) .

غيره بتركها، مع تفصيل في بعض المسائل، بخلاف حق الآدمي، فلا يدعي إلا إذا طلب للشهادة.[١]

وأما الشافعية فاختلفت عبارتهم، فحيث يذهب بعضهم إلى أنه لا تسمع في حقوق الله دعوى الحسبة كالربا، والكفارات.[٢]

يرى البعض منهم أن ما يوجب تعزيزاً لحق الله تعالى تسمع الدعوى فيه، إن تعلق بمصلحة عامة، كطرح حجارة بطريق.[٣]

وقال ابن أبي الدم[٤]: "وكل ما تقبل فيه شهادة الحسبة المشهور لا تسمع فيه دعوى الحسبة، و به قال الإمام (الشافعي). واعلم أن كل ما تقبل فيه شهادة الحسبة مما هو من حدود الله تعالى، فالمستحب للشاهد أن لا يشهد به، لأنه مندوب إلى ستره".[٥]

ويرى بعض متأخريهم أن المعتمد عندهم هو سماع الدعوى فيما تقبل فيه شهادة الحسبة، إلا في محض حدود الله تعالى.[٦]

وقد نص بعض الشافعية على أن شهادة الحسبة لا تقبل في الأموال، بل فيما هو حق لله تعالى، وكذلك فيما كان فيه حق مؤكد لله تعالى، كالسرقة على الأصح عندهم، وإن تضمنت إثبات مال.[٧]

وقال فقهاء الحنابلة: "لا تسمع دعوى حسبة بحق الله تعالى كعبادة، وحد وكفارة، ونذر، ونحوه؛ ولكن تسمع بينة بذلك، ويعتق، ولو أنكر معتوق. وبحق

٦.انظر: الدردير ، الشرح الصغير ، (٢٤٧/٤- ٢٥٠) . ياسين، نظرية الدعوى، (٢٨٣- ٢٨٤).

١.الغزي ، أدب القضاء، (١١٨).

٢. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (١٠/ ٢٨٦) .

٣. هو ابو اسحاق ، ابراهيم بن عبدالله بن عبدالمنعم بن علي المعروف بابن أبي الدم ،ولد بحماة سنة٥٨٣هـ ، ورحل إلى بغداد وتفقه بها وولي قضاء همذان ، وكان إماما في مذهب الشافعي ، ومن كتبه أدب القاضي ، توفي سنة٦٤٢هـ . انظر: ابن العماد ، شذرات الذهب ، (٢١٣/٥).

٤. ابن أبي الدم ، أدب القاضي، (٤٣٢).

٥. العبادي ، أحمد بن قاسم ، حاشية العبادي على تحفة المحتاج، مطبوع مع تحفة المحتاج، (دار إحياء التراث العربية، ١٩٠٠م)، (١٠/ ٢٨٧) .

٦. العلائي ، المجموع المذهب في قواعد المذهب ، (٢٢٤) . الحصني ، كتاب القواعد ، (٢٠١/٣) .

غير معين كوقف وصية على فقراء، أو مسجد على خـصم. وبوكالـة، وإسـناد وصية من غير حضور خصم".[1]

ويظهر والله تعالى أعلم أن تفريق الفقهاء بين دعوى الحسبة، والشهادة بها يرجع إلى أنه يترتب على الدعوى عند عدم ثبوتها إحلاف المـدعى عليـه، ولا يستحلف في حق الله كما تقدم، فلذا يذهبون إلى سماع بينة ذلك كالشهادة ،وبـذلك يترتب الأثر هنا كما يترتب على الدعوى، وهو الحكم فيها. ولذلك كان هناك مـن الفقهاء من يقول: شهادة الشهود دعوى.[2] وذهب إلى هذا بعض المتأخرين.[3]

دعوى الحسبة في حقوق العباد

جمهور أهل العلم لا يرون صحة الدعوى حسبة في حقوق العباد، لكن كان هناك من الفقهاء من يجيز، ويصحح تلك الدعوى كما مر تقدم في قول الـشوكاني (رحمه الله تعالى) أنه من التعاون على البر والتقوى، وداخل في الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر.[4]

وقول عند المالكية قال به بعضهم، وهو محل خلاف عندهم، في من يريـد إقامة البينة لصحة ما ادعى به للغائب، أو لغيره على وجه الحسبة.[5]

وقول عند الشافعية حيث قالوا:" تسمع دعوى الحسبة على قيم الصبي أنـه أتلف مالاً للصبي، وله أن يحلف القيم إن اتهمه فيه". ولا تقبل شهادة الحسبة فـي الأصل عندهم في حقوق العبد، لكن قالوا: إذا لم يعلم صاحب الحـق بـأن مالـه تعرض للإتلاف مثلاً من قبل آخر، فهنا تقبل فيه شهادة الحسبة. وعارض بعضهم ذلك بإمكان إعلام صاحب الحق، أو وكيله إن أمكنه، فيدعي على المتلف، لم يشهد الشاهد بعد الدعوى.[6]

---

٧. ابن مفلح ، الفروع ، (٦/ ٥٢٤). الفتوحي ، منتهى الإرادات، (٥/ ٢٨٢).

١. ابن مفلح ، الفروع ، (٦/ ٥٢٤).

٢. ياسين، نظرية الدعوى، (٢٨٤).

٣. الشوكاني، السيل الجرار، (٤/ ١٣٧- ١٣٨).

٤. ابن فرحون ، تبصرة الأحكام، (١/ ١٢١)

٥. الغزي، أدب القضاء، (١٣٠). ابن أبي الدم ، أدب القضاء، ، (٤٣٥- ٤٣٦).

وأما الحنابلة فقالوا: لا تسمع دعوى الحسبة بحق الله، وتصح قبلها الشهادة به، وبحق آدمي غير معين كوقف على الفقراء، أو مسجد. وقيل عندهم: شهادة الشهود دعوى.[1]

وبقي أن أذكر صورتين ذكرهما الحنفية دون غيرهم.

الصورة الثانية: يكون واحد من العامة مدعياً في دعاوى المحلات التي يعود نفعها إلى العموم كالطريق العام، فلو أحدث أحد فيه حفرة، أو بروزاً، كان في ذلك ضرر على المارين، فلواحد أن يدعي، ويطلب رفعه، وتسمع دعواه، ويحكم على المدعى عليه.[2]

الصورة الثالثة: يكون شخصان من أهل قرية مدعياً في دعوى الأشياء التي تكون منافعها مشتركة بين أهالي قريتين كالنهر، والمرعى، إذا كانوا قوماً غير محصورين بأن زاد عددهم عن مائة؛ بما في ذلك الصغار، والكبار، والنساء، والرجال، والعقلاء، والمجانين. وأما إن كانوا محصورين، فلا يكفي حضور البعض؛ بل يلزم حضورهم كلهم، أو وكلائهم.

وعلة التفريق هو حصول المشقة إذا كانوا غير محصورين، أما المحصورين، فلا مشقة في حضورهم، والمشقة تجلب التيسير.[3]

---

٦. ابن مفلح ، الفروع، (٦/ ٥٢٤). الفتوحي ، منتهى الإرادات، (٥/ ٢٨٢).

١. علي حيدر، درر الحكام، (٤/ ٢٥٨) .

٢. المصدر السابق، (٤/ ٢٥٨- ٢٥٩).

المطلب الثاني

شرط الصفة في المدعي في القوانين الوضعية

الصفة هي ما للشخص من شأن في الدعوى يجيز لـه المخاصـمة عـن موضوعها، أو إبداء دفاع فيها.

والقاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هم ذووا الصفة في المخاصمة عنهـا أمام القضاء.[١]

ويرى بعض الشراح أنه لا يمكن الفصل بين مالك الحق، وبين ذي الـشأن في الدعوى التي تكفله. لأنه إذا انتقل الحق للورثة، أو لغيره انتقلت الدعوى معه، وأصبح هؤلاء هم أصحاب الصفة في مباشرتها، ولذلك يجب لمعرفة من له الصفة في الخصومة البحث عن صاحب الحق موضوع النزاع، ولا يقبل من غيـر ذي الحق أن يقاضى عنه لحساب غيره، بحيث إذا نجح في الدعوى انتفع ذلك الآخـر بالحكم الصادر فيها لمصلحته، وإذا فشل لا يضار ذلك الآخر بفعله، ولـيس أحـد ملزماً أن يباشر الدفاع في دعوى تجرد رافعها من صفة التقاضي.

وإذا تبين فقدان الصفة، كانت الدعوى غير مقبولة، وتقضي المحكمة بذلك في أي حالة كانت عليها الدعوى، وأمام أي درجة من درجات التقاضي. فالـصفة إذاً شرط لازم مستقل بذاته فلا يغني عنها وجود مصلحة للمدعي في النزاع.[٢]

وقد ذهب بعض شراح القانون إلى اعتبار شرط الصفة وجهاً مـن وجـوه المصلحة يعبر عنه بالمصلحة الشخصية المباشرة، لكن هذا الرأي لا يحظى بقبول الكثيرين.[٣] وسيرد مزيد بيان لهذا الرأي عند الحديث عن شرط المصلحة.[٤]

---

١. العشماوي، قواعد المرافعات، (٥٨٠/١، ٥٨١).

٢. المرجع السابق، (٥٨٠، ٥٨١).

٣. جريج، محاضرات في النظرية العامة، (٩٣-٩٤). عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٤٧٠- ٤٧١).

٤. انظر الفصل الرابع من الدراسة، (١٧٠)

والأصل أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق، ويجوز أن ينوب عنـه ممثل قانوني كالولي، والوصي، والوكيل عن الغائـب، أو تمثيـل الحـارس، أو الشخص الاعتباري.[1]

وفي هذه الحالة يكون لهؤلاء الوكلاء، أو النواب (أو الدائنين كما سـيأتي) صفة في المخاصمة مستمدة من عقد التوكيل، أو نصوص القرارات، أو القوانين.[2]

والتمثيل القانوني يتطلب أن يكون الوكيل بالخصومة كقاعدة عامـة محـام مقبول أمام المحكمة، وأن يكون موكلاً من الخصم توكيلاً صحيحاً.[3]

ويمكن تفصيل المقام في التمثيل القضائي فيما يلي:

الأول: النواب القضائيون:

قد يكون صاحب الحق قاصراً، أو محجوراً عليه، أو مفلساً، فلا يـستطيع مباشرة الحق بنفسه، وفي هذه الحالة يقام نائب يباشـر الـدعوى بالنيابـة عنـه، ولحسابه، ويكون لهذا النائب من السلطة إزاءها ما لصاحب الحق ذاته، مع بعض القيود يراد بها حماية مصلحة عديم الأهلية، أو المفقود.

والنواب عن غيرهم هم الأولياء، والأوصياء عن القصر، والمقامـة عـن المحجور عليهم (كالأصم الأبكم، أو الأعمـى الأصـم، أو الأعمـى الأبكـم)، والوكلاء بالنسبة للغائبين، ووكلاء الديانة بالنسبة للمفلس.

وإذا تعارضت مصلحة القاصر، أو المحجور عليه، أو الغائب مع مصلحة النائب عنه، وأقامت له الجهة المختصة مأذوناً بالخصومة، ثبتـت الـصفة فـي التقاضي لهذا المأذون بالنسبة للدعوى التي أقيم للمخاصمة فيها، وفي حدود السلطة الممنوحة له.

وتزول الصفة عن هؤلاء النواب ببلوغ القاصر سـن الرشـد، أو برفـع الحجر، أو بظهور المفقود، أو بانتهاء أعمال التفليسة.[4]

---

1. المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٤- ١٦).
٢. العشماوي، قواعد المرافعات، (٥٨١).
٣. عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٦٧٠- ٦٧٤).
٤. العشماوي، قواعد المرافعات، (٥٨٢).

الثـاني: الوكلاء الإتفاقيون:

لكل ذي حق أن يباشر الدعوى بنفسه أو يعهد لغيره بذلك بطريق الوكالة. لكن وقع الخلاف فيمن كان بيده توكيل عام، هل له أن يباشر حق الخصومة نيابة عن موكله، أولا بد من إذن خاص بالخصومة ؟

فذهب البعض إلى أن حق المخاصمة لا يدخل بطبيعته في أعمـال الإدارة العامة، وأنه لا بد من توكيل خاص به.

وذهب البعض إلى الاكتفاء بنص التوكيل العام. وذهب البعض الآخر إلـى اشتراط التوكيل الخاص لمباشرة الدعاوى العينية العقارية فقط.[1]

الثـالث: الدائنون:

فقد أجاز القانون المصري للدائنين حق مباشرة دعاوى مدينهم بالنيابة عنه، سواء كانت الدعوى غير مباشرة باستعمال حقوق مدينه، أو كانت مباشرة بأن يقيم دعاوى على مدين مدينه. وذلك لكي يحول دون سقوطها، أو ليحصلوا على ثمارها وفاء لديونهم، وهذا الحق ليس مطلقاً، بل مقيد بشروط، منها أن يكون للدائن حـق موجود، ولو كان مؤجلاً، أو معلقاً على شرط. ومنها أن يكون فوات الحق عليـه يسبب إعسار المدين، أو يزيده. وأن يكون قد قصر في استعماله حقه بنفسه. وأن لا يكون الحق متصلاً بشخص المدين خاصة، أو غير قابل للحجز. ومنها أن يكون للدائن من وراء الدعوى فائدة مادية، فإذا كان الموضوع ليس له قيمة ماليـة، أو كان خارجاً عن الضمان العام للدائنين، فلا يجوز لهم مباشرة الدعوى به.[2]

ودعاوى الحسبة معترف بها في نظام النيابة العمومية لكن بشكل أضيق مما هو عليه الحال في الشريعة الإسلامية، ففيه تحديد للأشخاص المخولين، والحالات الجائز فيها مباشرة الدعوى، وفي دعوى التفريق بين الزوجين اشـترط القـانون المصري استئذان القضاء قبل رفع الدعوى، خشية استعمالها كيداً.

ودعاوى الحسبة هي الدعاوى التي يجوز لأي شخص رفعها لكفالة احترام القانون، بشأن بعض العلاقات القانونية المهمة.

---

١. العشماوي، قواعد المرافعات ، (٥٨٢- ٥٨٣). قسطو، القواعد العامة للمرافعات المدنية، (١٩-٢٠).

٢. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٧). العشماوي، قواعد المرافعات، (٥٨٧- ٥٨٨).

وقد خول القانون النيابة العامة حق طلب حل الجمعيات، وحق طلب شـهر إفلاس التاجر، وغيرها.[1]

وقد منح القانون أيضاً النقابات صفة كذلك في رفع الدعاوى دفاعـاً عـن المصلحة النقابية، وهي نوع من المصالح الجماعية، لكنهـا أقـل مـن أن تبلـغ المصلحة العامة، وكذا الحال في الجمعيات.

ويجوز للشخصيات الإعتبارية إقامة الدعوى للمطالبة بحق بخصوص هذه الشركة، أو المؤسسة، أو الهيئة، ويكون ذلك عن طريق ممثل لها.[2]

والشخصية الإعتبارية قد كثر الأخذ، والرد في تعريفها لدى شراح القوانين بين أنصار نظرية الإفتراض، وأنصار نظرية الحقيقة، لكن يمكن القول بأنها كائن جماعي، أو اجتماعي يخرج من تجمعات فردية، أو مالية، ويتمتع بكيـان ذاتـي مستقل عن كيان، وذاتية منشئيه، ويتوافر له قيمة اجتماعية مصدرها الهدف الذي تسعى إلي تحقيقه.

وأهلية الأداء ثابتة للشخصية الإعتبارية من خلال إرادة ممثليها المعبرة عن إرادتها، لكن أهلية الوجوب متفاوتة بخلاف الشخص الطبيعي.

والشخص الإعتباري، أو المعنوي نوعان: عام، وخاص، وتحت كل منهما طوائف متعددة. ويحق للشخص المعنوي أن يقاضي الآخرين، ليحصل على حقوقه عن طريق ممثليه، والآخرين يحق لهم مقاضاته، فيكون مدعى عليه، وله الحق في الدفاع عن نفسه، ومصالحه عن طريق ممثليه.[3]

---

١. مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٠- ٣٣١).

٢. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية. (١١٣- ١١٤). إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٢- ٦٥٤).

٣. كيره، حسن ، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية١٩٦٩م، (٥٩٠، ٥٩٨، ٦٢٦). طموم، الشخـصية المعنوية الإعتبارية ، (٦، ١٦، ٢٧).

المطلب الثالث

شرط الصفة في المدعي في نظام المرافعات الشرعية

لم أقف على نص صريح في نظام المرافعات الشرعية باشتراط الصفة من خلال مواده، لكن وردت فيه إشارات تدل على اعتباره توافر هـذا الـشرط فـي طرفي الدعوى، وقد رتب عليه آثاراً في أحوال فقده، أو عدم توافره، لكـن هـذه المسألة لم تحظ بتفصيل كامل في كل مسائلها، وربما كان هذا الأمر مما يطـول تتبعه، والأولى به الشروحات التفسيرية.

نصت المادة الأولى من نظام المحاماة على أنه "يحق لكل شخص أن يترافع عن نفسه".[١] وقيدت ذلك اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة بأن ذلك يكون "ما لم يوجد مانع شرعي يقضي بأن يكون الترافع عنـه بطريـق الوكالـة، أو الولايـة، أو الوصاية".[٢]

وفي اشتراط الصفة في المدعي، وتحقق ذلك بداية قبل كل شـيء تـنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية على أن للمحكمة أن تبت في الصفة قبل السير في الدعوى وتقديمها.[٣]

وهذا النص من أصرح ما يدل على اعتبار الصفة شرطاً مهماً، يتقدم على النظر في سير الدعوى. ومما بينته اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية؛ أن ولاية الأب على أولاده ولاية شرعية (أي أنها مكتسبة من الـشرع)، لا تفتقـد لإذن المحكمة، وكذا تصرفه لا يحتاج إلى إذنها.[٤]

وهذه نيابة تخول صاحبها حق الادعاء.

---

١. نظام المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٨ بتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ بناء على قرار مجلس الـوزراء رقـم ١٩٩ وتاريخ ١٤٢٢/٧/١٤هـ منشور بجريدة أم القرى عدد ٣٨٦٨ في ١٤٢٢/٨/١٤هـ.

٢.اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، وزارة العدل، منشور بجريدة أم القرى العدد رقم ٣٩٣٢ بتاريخ ١٤٢٤/١/١١هـ، (م/١/١).

٣. اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، (م/١/٣٠).

٤. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٣٢ / ٨،٧). وانظر: عبدالتواب، المرجع فـي نظـام المرافعـات الشرعية، (١٧٨).

وترتيبا على اعتبار توفر هذا الشرط في أطراف الـدعوى طـوال سـير إجراءات التقاضي، أجاز النظام لكلا الطرفين الدفع بعدم قبول الـدعوى لإنعـدام الصفة، وللمحكمة أن تحكم بذلك من تلقاء نفسها.[1] وهذا دليل كاف على اعتبار هذا الشرط، وإلا لما جاز الدفع به، والحكم بتحققه من عدمه.

ولو حصل أثناء سير الدعوى، وفقد أحد أطرافها الصفة المخولة للتقاضي، فإن الدعوى تنقطع بذلك، ما لم تكن تهيأت للحكم في الموضوع.[2] لأن الحكم يعود للقاضي، ولا تعلق لأطراف الدعوى في النطق به، لكن مع ذلك فهي مطلوبة فـي قبول الحكم، والإعتراض عليه، لأن تلك التصرفات تتطلب صفة فيها.

واعتبر النظام شرط الصفة متوافراً لكل أحد في دعاوى الحسبة، لكنه قيـد ذلك بأن ترفع دعوى الحسبة من ثلاثة مواطنين، وأن تكون في مـصلحة عامـة، وأن لا يكون في البلد جهة رسمية. واشتراط الجهة الرسمية يقابـل فـي بعـض القوانين الرسمية بما يعرف بالنيابة العامة، ولعل اشتراط الجهـة الرسـمية فيـه تضييق لما هو واسع في الشريعة الإسلامية، لكن من جهة أخرى هو تنظيم لأمـر قد يساء استغلاله.[3]

وأما الصفة في الشخصية الإعتبارية، فقد أجاز نظام المرافعات الـشرعية سماع الدعوى على الجهات الحكومية بعد استئذان المقام السامي. ولم يشترط ذلك فيما إذا كانت الجهة الحكومية هي المدعي.[4] وبينت اللائحة التنفيذيـة للنظـام أن ممثلي الجهات الحكومية يكتفي بتفويضهم بخطاب رسمي. وعليه فشرط المـدعي

١.انظر: نظام المرافعات الشرعية ، (م/٧٢). الديناصوري وعكاز، التعليـق علـى قـانون المرافعـات، (١٢٢٩/١). الصاوي، الوسيط، (٢٦٧).

٢. نظام المرافعات الشرعية ، (م/٨٤) .وانظر : المليجي، ملامح النظام القضاء السعودي، (١٧). عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (٣٨٦ـ٣٨٩). الهبوب، بكر بن عبداللطيف، نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية، مجلة العدل، العدد(٨٢)، شوال١٤٢٦هـ، (١٧٦). الديناصوري وعكاز، التعليـق علـى قانون المرافعات، (١٤٠٤/١، ١٤٣٢). الصاوي، الوسيط، (٥٣٠، ٥٣١).

٣. انظر: نظام المرافعات الشرعية، (م/٥). دراسة مقارنة بين نظام المرافعات الشرعية وقانون المرافعات المـصري، إعداد وحدة الأبحاث القانونية عن موقع محامو المملكة العربية السعودية:www.mohamoonksa.com.

٤. نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٥).

في الجهات الحكومية هو التفويض من تلك الجهة لمن يمثلها في الدعوى، و بـه تتحقق فيه الصفة كمدع.[1]

وأما ما يتعلق بالشركات، والمؤسسات الخاصة، والجمعيات، فإنها حينمـا تقام الدعوى لها، أو عليها، فلا بد أن يكون ممثل هذه الجهات له الصفة الـشرعية في ذلك.[2] وتحصل له تلك الصفة الشرعية من خلال تفويضه تفويضاً رسمياً مـن قبل جهته كما سبق النص عليه في الجهات الحكومية.

والشخص المعنوي هو ذو الشخصية المعنوية العامة، أو الخاصة، وهم من عددتهم (م/ ١٨) من نظام المرافعات الشرعية، ولائحته التنفيذية.[3]

وفيما يتعلق بالوكالة عن المدعي فإنه يتعين كون الوكيل ممـن لـه حـق التوكيل حسب النظام . ويجوز تعدد الوكلاء في الخصومة . لكن لا يجوز للقاضي ولا المدعي العام ولا أحد العاملين في المحاكم أن يكون وكيلاً عن الخصوم .[4]

وكيل الخصومة، أو المحامي، اشترط فيه إن كان يزاول المحاماة أن يكون اسمه مقيداً في جدول الممارسين، وهذا ما يعطيهم دون غيرهم حق الترافع عـن غيرهم أمام المحاكم، أو ديوان المظالم، ويستثنى من ذلك أي وكيل فـي قـضية واحدة إلى ثلاث، والأزواج، أو الأصهار ذوي القربى حتـى الدرجـة الرابعـة، والممثل النظامي للشخص المعنوي، والوصي، والقيم، وناظر الوقف في قـضايا الوصايا، والقوامة، ونظارة الوقف التي يقومون عليها. ومأمور بيت المال فيما هو من اختصاصه حسب النظام والتعليمات.[5]

وتتميماً على ما سبق فإن الشركاء يعتبرون بمنزلة الشخص الواحد، وكـذا المدعين، أو المدعى عليهم من غير الشركاء في القضية الواحدة.[6]

---

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/٦/٤٧).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٦). اللائحة التنفيذية للنظام، (م/٢/٣٦).

٣. نظام المرافعات الشرعية، (م/١٨). اللائحة التنفيذية للنظام، (م/١/١٨، ٢/١٨).

٤. نظام المرافعات الشرعية، (م/٤٧، ٥٢). اللائحة التنفيذية للنظام، (م/٤/٤٧).

٥. نظام المحاماة، (م/٣، ١٨).

٦. اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، (م/٦/١٨).

وقد أعطى النظام الحق للمدعي بأن يدعي دعـوى غيـر مباشـرة علـى غريمه، حيث نصت المادة الثانية بعد المائتين أنه "يجوز لكل دائن بيده حكم قابـل للتنفيذ بدين مستقر في الذمة حال الأداء، أن يطلب حجز ما يكون لمدينه لدى الغير من الديون، ولو كانت مؤجلة، أو معلقة على شرط، وما يكون له مـن الأعيـان المنقولة في يد الغير". وقد بينت اللائحة التنفيذية للنظام أنه لا يتم الحجز، والتنفيذ إلا بناء على طلب الغرماء، أو أحدهم، وأن هذا الحق هو لكل دائـن بيـده حكـم نهائي، وأن له طلب الحجز على مـا للمـدين لـدى الدولـة، أو الـشركات، أو المؤسسات، أو البنوك، ونحوها، وأن الحجز والتنفيذ لا يكون إلا بقدر مـا علـى المدين من ديون.[1]

ويظهر على ضوء ما تقدم اعتبار نظام المرافعات الشرعية الصفة شـرطاً متطلباً في أطراف الدعوى ونوابهم، وإن لم ينص عليه لما رتبه على فقده من آثار وأحكام تقتضي لزوم توافره في جميع إجراءات الدعوى، وأثناء سيرها.

ولأنه قد نص في مادته الأولى على أنه تطبـق المحـاكم علـى القـضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقاً لما دل عليه الكتاب والسنة. وقد تقدم ذكر اتفاق فقهاء الشريعة الإسلامية على كونها شرطاً لقبول الدعوى.[2]

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/٢٠٢). اللائحة التنفيذية للنظام، (م/٢٠٢/٢،٤،٥). وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظام المرافعات الشرعية، (٥٠٤ـ٥٠٥).

2. نظام المرافعات الشرعية، (م/١). وانظر المبحث الأول من هذا الفصل، (١١٦).

المبحث الثاني

الصـفة في المدعى عليه

ويتضمن ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: المدعى عليه في فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: الصفة في المدعى عليه في القوانين الوضعية.

المطلب الثالث: الصفة في المدعى عليه في نظام المرافعات الشرعية.

المطـلب الأول

المدعى عليه في فـقه الشـريعة الإسـلامية

ويتضمن أربعة فروع هي:

الفرع الأول: الصفة في المدعى عليه في فقه الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني: ضابط الخصم في الدعوى.

الفرع الثالث: الخصم في الدعاوى الشرعية.

الفرع الرابع: التدخل والإدخال.

الفرع الأول

الصـفة في المدعى عليه في فقه الشـريعة الإسلامية

اتفق الفقهاء على أنه لابد من توافر الصفة المخولة بأن يكون المدعى عليه ذا شأن في الدعوى، يعترف به الشرع، ويراه كافياً في توجيه الدعوى إليه.[١]

المدعى عليه يقال فيه ما قيل في المدعي من أنه؛ إمـا أن يكـون أصـيلاً بنفسه، أو مدعى عليه بالنيابة، أو ما يأخذ حكم النيابة.

فالمدعى عليه الأصيل هو من يطالبه غيره بحق عنده في مواجهته.[٢]

وأما المدعى عليه بالنيابة، وما يأخذ حكم النيابة، فيقال فيه مثل ما قيل في المدعي، وقد تقدم الحديث عنه، خصوصاً أن المدعي قد ينقلب مدعى عليـه فـي ذات الدعوى، والعكس صحيح.

ولا يختص بهذا المقام إلا مسألة في الوكالة، وهي أن أبا حنيفـة يـشترط رضا الخصم في جواز وكالة الحاضر، وخالفه الصاحبان، والجمهور.[٣]

---

١. انظر: ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات التجارية والمدنية، (٢٧٨).

٢. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٧٥).

٣. الخصاف ، أدب القاضي ، (٤٩٩). وانظر: (١١٦) من هذه الدراسة.

وعند الحنفية أيضاً أن وكيل المدعى عليه لا يجبر على الخصومة إذا أباها إلا إذا طلب ذلك المدعي وغاب المدعى عليه.[1]

ولابد أن تكون الدعوى في مواجهة خصم يعتبره الشرع، لـذا لابـد مـن التفصيل في مسألة المدعى عليه في أنواع الخصومة، وإن كـان بعـض الفقهـاء يطلقون هذا اللفظ على المدعي، وعلى المدعى عليه.

وللحنفية قول تفردوا بالنص عليه دون باقي الفقهاء فيما وقفت عليه وهـو أنهم انطلقوا من مسألة الدعوى على الغائب، والحكم عليه، وهم لا يقولون بجـواز الدعوى على الغائب، والحكم عليه لكنهم جوزوا الحكم عليه في مواضع تأخذ حكم النيابة.

حيث ذهبوا إلى أن الحاضر ينتصب خصماً عن الغائـب، فيكـون الحكـم للحاضر حكماً للغائب، والحكم على الحاضر حكماً على الغائب، إذا كـان بينهمـا اتصال في الحق المدعى، وهذه المواضع هي:

الأول: يكون في كل حق يثبت لكل من الحاضر، والغائب علـى الكمـال، لعدم تجزئته، ووجود سببه في كل واحد منهما، وذلك كالغرماء، فإن الواحد مـنهم ينتصب خصماً عن بقيتهم في ثبوت إعسار المدين، فإذا ثبت إعساره فـي وجـه أحدهم في غيبتهم، ثبت إعساره في حقهم جميعاً.[2]

الثاني: يكون في كل حق، أو دين اشترك فيه الحاضر، والغائـب بـسبب واحد حتى حصل بينهما الإتصال التام فيه، فإنه في هذه الحالة ينتصب الحاضـر خصماً عن الغائب، ويكون الحكم له، أو عليه حكماً للغائب، وعليـه، هـذا عنـد الصاحبان، أما أبو حنيفة فلا تكون الشركة في الـدين، أو العـين موجبـة لقيـام الحاضر عن الغائب في الخصومة إلا في الميراث. ومثاله عنـد الـصاحبان دون الإمام كما لو ادعى الحاضر أنه، وفلاناً الغائب اشتريا من المدعى عليه الدار التي تحت يده، وبرهن على ذلك، وذكر القيمة، وأنها صفقة واحـدة، ونقـداه الـثمن، انتصب الحاضر خصماً عن الغائب، وحكم لهما جميعاً بالمـدعى، ويـدفع إلـى

---

١. ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار، (٧/ ٣٦٣).

٢. الطرابلسي ، معين الحكام ، (٦٠). ابن الشحنة ، لسان الحكام ، (٢٢٨).

الحاضر نصيبه، ويودع نصيب الغائب عند ثقة حتى يحضر، ولا يقسم، فلو حضر الغائب، وجحد الشراء، بطل نصيبه فيه، وجاز نصيب الحاضر، وذلك لأن البـائع هنا توحد، فالصفة واحدة، فلو تعدد لم يحكم للحاضر إلا في حـصته اتفاقـاً، ولا ينتصب خصماً عن الغائب.[1]

الثالث: أن يكون ما يدعى على الغائب سبباً لما يدعى علـى الحاضـر لا محالة، أو شرطاً له بعد ثبوت كون الحاضر خصماً بذاته، ففي هذه الحالة ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويحكم على الغائب بحضرة الخصم الحاضر، كما لو ادعى على شخص ميراثاً، أو نفقة لأنه أخوه، سمعت منه هذه الدعوى، وجاز لـه أن يبرهن عليها، وهي وإن كانت مشتملة على دعوى نسب من أب المدعى عليه، وهو غائب إلا أن الحاضر ينتصب خصماً عنه فيه، لأن ثبوت النسب من الغائـب لا محالة سبب لما يدعى على الحاضر من الميراث، أو النفقـة، ويحكـم علـيهم جميعاً.[2]

أما إذا كان شرطاً، فهي مسألة محل خلاف. فقيل: أنـه لا ينتـصب فيـه الحاضر عن الغائب أصلاً، سواء تضرر به الغائب كعتق عبده، أو لـم يتـضرر كدخول داره، وهو قول عامة مشايخ الحنفية. وقيل: أنه ينتصب فيه الحاضر عنه مطلقاً؛ سواء تضرر به الغائب، أو لم يتضرر. وقيل: أنه لا ينتصب الحاضر عن الغائب إذا كان الغائب يتضرر، ويقضى على الحاضر فقط، وفيما لا يتضرر بـه الغائب ينتصب الحاضر خصماً عنه[3]. فإن كان السبب مما ينفك عنه فـي بعـض الأوقات، لم ينتصب الحاضر خصماً عن الغائب، ويكون الحكم في حق الحاضـر فقط.[4]

الرابع: يكون في الورثة مع بعضهم، فإن أحد الورثة ينتصب خصماً عـن باقيهم فيما يدعى على الميت، أو له حتى يكون الحكم على الحاضر حكمـاً علـى

---

١. الطرابلسي، معين الحكام، (٦٠). الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٢٣/٧). قراعة، الأصول القضائية، (٣٦- ٣٧).

٢. الطرابلسي، معين الحكام، (٦٠). الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٢٣/٧). قراعة، الأصول القضائية، (٣٦- ٣٧).

٣. الطرابلسي، معين الحكام، (٦٠). الكاساني، بدائع الصنائع، (٢٢٣/٧). قراعة، الأصول القضائية، (٣٦- ٣٧).

٤. ابن الشحنة، لسان الحكام، (٢٣٤). السمناني، روضـة القـضاة، (١٤٥٦/٢) . قراعـة ، الأصـول القـضائية، (٤٦ـ٤٨).

جميع الغائبين، وكذا الحكم له حكم لهم، وسبب ذلك أن الشارع اعتبره نائباً عـن مورثه، إلا في دعوى العين، فيكون الخصم من الورثة هو واضع اليـد عليهـا، ويشترطون لهذا الوارث أن يكون مدعياً لملكية العين، وأن تكون العين تحت يـده كلها، وأن تكون شائعة بين الورثة لم تقسم، وأن يصدق الوارث الغائب الـوارث الحاضر في أن العين المدعاة ملك لهم بطريق الميراث عن الميت.[1]

ووافقهم الشافعية في هذه الصورة حيث قالوا: "لو أن رجلاً ادعـى علـى وارث مالاً كان له على أبيه، وللميت ورثة غيب، وأقام على ذلك بينة. إنه يحكـم به على الحاضر، والغائب، وعلى الميت، وإن كان في أكثر من معنى الغائب".[2]

---

١. ابن الشحنة، لسان الحكام، (٢٣٥). السمناني، روضة القضاة، (١٤٥٦/٢). قراعة، الأصول القضائية، (٤٦-٤٨).

٢. ابن القاص ، أدب القاضي ، (٣٦٠/٢) .

الفرع الثاني

ضـابط الخـصم في الدعـوى

والخصم في اللغة: "هو من الخُصومة، وهي الجدل، وخَاصـمه خِـصاماً، ومخَاصمةً، فخَصمَه يخصِمه خَصماً. غلبه بالحجة، وخَصمك الـذي يخَاصِـمك، وجمعه خُصوم. وقد يكون مثنى، وجمعاً، ومذكراً، ومؤنثاً، فالخَـصِيم كالخَـصم، وهو الذي يخَاصِم غيره".[1]

والحق أن المسألة لم يفصل فيها الفقهاء بالشكل المتصور للباحث المعاصر، لكنها في أصولها كانت معروفة لديهم، ويظهر ذلك من خلال تتبع تطبيقاتهم فـي الفروع الفقهية، وأفضل من فصل فيها هم فقهاء الحنفية، لكن الفقهاء إجمالا تكلموا في أنواع الدعاوى، وما يشترط لصحة كل نوع على ما سيأتي.

ضابط الخصم

وضابط الخصم في الدعوى "أن من ادعى على إنسان شـيئاً، فـإن كـان المدعى عليه لو أقر بالدعوى يصح إقراره فإنه ينتصب خصماً، في إقامة البينـة عند إنكاره، وإن كان لو أقر لا يصح إقراره، فإنه لا ينتصب خصماً فـي إقامـة البينة عليه عند إنكاره، إلا الأب، والوصي على الصغير، ومتولي الوقف، فإنه لا يصح إقرارهم بمال الصغير، والوقف، ولكن إنكارهم يصح مـنهم، وينتـصبون خصوماً في إقامة البينة عليهم، غير أنهم لا يحلفون عند العجز عنها، إلا إذا كانت الدعوى بعقد عليهم، فإنهم يستحلفون".[2]

وينبني على ذلك مسائل:

---

١. ابن منظور، لسان العرب، (١٢/١٨٠-١٨٢). الفيروزآبادي، القـاموس المحـيط، (١١٠٢- ١١٠٣). الفيـومي، المصباح المنير، (٦٦).

٢. المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل، مطبوع مع مواهب الجليل للطـاب، (دار الفكـر، الطبعـة الثانية ١٣٩٨هـ)، (١٢٦/٦). حيدر، درر الحكام، (٤/ ٢٢٨). الجصاص، شرح أدب القاضي، (٤٠٦). ابن الملقـن ، الأشباه والنظائر، (٥٧٤/١) . قراعة، الأصول القضائية، (٤٣- ٤٤).

منها: لو ادعى رجل على آخر أن له عليه ألف درهم اقترضها منه من مال نفسه، وأنفقها في حاجة المدعى عليه، ولم يؤدها المدعى عليه إليه، سمعت منـه هذه الدعوى، وكان المدعى عليه خصماً فيها، لأنه لو أقر بها ألزم بما أقر به.

ومنها: لو ادعى رجل على آخر أنه غصب منه ثوبه الذي قيمته خمـسون درهماً، وطلب منه رد ثوبه إليه إن كان قائماً (أي: موجوداً)، أو قيمته إن كـان هالكاً، سمعت منه هذه الدعوى أيضاً، وكان المدعى عليه خصماً فيها، لأنه لو أقر بها ألزم بما أقر به.[1]

١. قراعة ، الأصول القضائية ، (٣٢ – ٣٣) .

الفرع الثالث

الخصم في الدعاوى

ليس بالضرورة أن كل منكر هو الخصم المعتبر في الدعوى؛ بـل ذهـب الفقهاء إلى تحديد الخصوم في كل نوع من أنواع الدعاوى، مع استحضار الضابط السابق في تحديد الخصم، وكما سبق فإن الخصم قد يكون محدداً بين عـدد مـن الخصوم، كما في الدعوى على الميت بعين، فإن الخصم هنا ليس كل الورثة؛ بـل هو واضع اليد منهم بشروطه.

الخصم في دعوى العين

والعين في اللغة: "تقع بالإشتراك على أشياء مختلفة؛ فمنها الباصرة، وعين الماء، وعين الشمس، والعين الجارية، والعين الطليعة، وأهـل البلـد، والإصـابة بالعين، وعين الشيء نفسه، ومنه يقال: أخذت مالي بعينه، والمعنى أخـذت عـين مالي، والعين النقد، يقال: اشتريت بالدين، أو بالعين".[1]

وقد اتفقت عبارة فقهاء المذاهب، في أن الخصم؛ أي المـدعى عليـه فـي دعاوى العين، هو من كانت العين تحت يده، وفي حيازته.[2]

واليد في اللغة "لفظ مؤنث يدل على النعمة، والإحسان، وإنما سـميت يـداً لأنها إنما تكون بالإعطاء، والإعطاء إنالة باليد، والجمع أيدٍ، وجمع الجمـع أيـادٍ. ويقال: هذه يد فلان؛ أي ملكه، ولا يقال: في يدي فلان، واليـد القـوة، والقـدرة، والملك، والسلطان، والطاعة، والغياث، ومنع الظلم".[3]

---

١. ابن منظور، لسان العرب، (٢٩٨/١٣ـ وما بعدها). الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (١٢١٨). الفيومي، المصباح المنير، (١٦٧).

٢. ابن الشحنة، لسان الحكام، (٢٣٠). السمناني، روضة القضاة، (٢/ ١٤٤٥). التسولي، البهجة فـي شـرح التحفـة، (٣٢/١). الماوردي، الحاوي الكبير، (٢٩٢/١٧). الفتوحي، منتهى الإرادات، (٢٩٨/٥). الزريني، عبد الرحيم بن عبد الله ، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل، تحقيق: عمر السبيل، (جامعة محمد بن سـعود بالريـاض ١٤١٤هـ ـ)، (٢٨٧/٢).

٣. ابن منظور، لسان العرب، (٤١٩/١٥-٤٢٦). الفيروزآبادي، القاموس المحـيط، (١٣٤٧). الفيـومي ، المـصباح المنير، (٢٦٠).

وأما الحيازة فهي في اللغة من الحوز، وهو الجمع، وضم الشيء، وكل من ضم شيئاً إلى نفسه من مال، أو غير ذلك فقد حازه.[1]

واليد عند الفقهاء هي وضع اليد على العين بالفعل، أو هـو الـذي يثبـت تصرفه تصرف الملاك.[2]

قال القرافي[3](رحمه الله): واليد عبارة عن القرب، والإتـصال، وأعظمهـا ثياب الإنسان التي عليه، ويليه البساط الذي هو جالس عليه، والدابـة التـي هـو راكبها، ويليه الدابة التي هو سائقها، ويليه الدار التي هو سـاكنها، فتقـدم أقـوى اليدين على أضعفهما.[4]

والفقهاء عموماً يشترطون إحضار العين المدعاة مجلس الحكـم إن أمكـن ذلك، والإشارة إليها تغني عن وصفها، وذكر قيمتها، فإن كانت غائبـة، أو تعـذر إحضارها ذكر قيمتها. ولكن فقهاء الحنفية، والشافعية يقسمون العين إلى منقـول، وعقار، والمنقول حاضر، أو غائب، فيشير للحاضر، ويذكر قيمة الغائـب؛ أمـا العقار، أو غير المنقول، فيذكر حدوده، ولهم تفصيل في ذلك محل ذكـره ركـن المدعى به.

ولابد أن يذكر المدعي أن العين في يد المدعى عليه عند الدعوى، ويدعي عليه ملكيتها، وأنها في يده بغير حق.[5]

أما ما يتعلق بالمدعي في دعوى العين، فهو من له حق حيازتها، ووضـع اليد عليها؛ سواء كان له مع ذلك، ملك عينها، أم لا .

---

١. ابن منظور، لسان العرب، (٣٣٩/٥- ٣٤٣). الفيروزآبادي، القاموس المحيط، (٥٠٩). الفيومي، المصباح المنيـر، (٦٠).

٢. ابو جيب ، القاموس الفقهي ، (٣٩٢).

٣. هو شهاب الدين احمد بن إدريس الصنهاجي الصعيدي الوشي المالكي الشهير بالقرافي ، العلامة الأصـولي كـان بصيرا بالفقه عارفاً بالتفسير ، له تواليف ممتعة منها الذخيرة في مذهب مالك ، توفي سنة٦٨٢هـ. انظر: الـذهبي، سير أعلام النبلاء ، (٧٣١/١).

٤. الفروق، القرافي، (٤/ ٧٨). وانظر بتوسع: الزركشي ، المنثور في القواعد ، (٣٦٩/٣-٣٧٢).

٥. الخصاف ، أدب القاضي ، (٣٨٢). ابن الهمام ، فتح القدير ، (١٤٨/٧- ١٥١). المـاوردي ، الحـاوي الكبيـر ، (١٧/ ٢٩٢). ياسين ، نظرية الدعوى ، (٢٨٩).

ما لم تتضمن دعوى فعل على المدعى عليه، لأن الخصم هنا هو المـدعى عليه الفعل؛ سواء كانت العين في يده أم لا.[1]

واليد المعتبرة عند الفقهاء، هي اليد التي تدل على الملك، ولـو لـم يكـن صحيحاً، وعليه فاليد الطارئة، أو يد الأمانة، ليست يد خـصومة، لكـن يـشترط حضورها مجلس الحكم، كالوديع مع المودع، والمستعير مع المعير، والمـستأجر مع المؤجر، ونحو ذلك.

مدين المدين في الأصل ليس خصماً للدائن في الدعوى، وإثبات المدعى به، فلذلك ليس لأحد أن يثبت مطلوبه من ذمة المتوفى في مواجهة مدينه، إلا إذا أثبت دينه في ذمة المتوفى، في مواجهة خصم شرعي له، وأقر مدين المتوفى بأنه مدين للمتوفى، فيأمره القاضي بأن يؤدي دينه لهذا الدائن.[2]

وأما إذا كانت العين في يد المدعي، فإنه يدعي، ويطلب منع التعرض لـه فيها، وهي دعوى معتبرة، ومقبولة.[3]

والعين المدعاة إن كانت حاضرة، فالإشارة إليها تغني عن وصفها، أو ذكر قيمتها عند الفقهاء عامة.[4]

فإن كانت العين غائبة، وادعى المدعي أنها في يد المدعى عليه، فإن أنكر المدعى عليه قالوا: يبين المدعي قيمتها، وصفتها، وتسمع دعواه، وتقبل إذا أقـام بينة بذلك. وكذا إذا لم يبين القيمة وادعى أنه غصبها منه، ولا يدري هـل العـين قائمة، أو هالكة. وفي هذه الحالة تلزم المدعى عليه اليمين لإنكاره.

فإن أقر بالعين المدعاة أجبر على البيان، ويلحق بهذا أيضاً إذا نكل المدعى عليه عن اليمين في حالة ما إذا أنكر.[5]

وللشوكاني رأي مخالف في هذا فهو يقول: "وشرط الـدعوى ثبـوت يـد المدعى عليه على الحق، وهذا الإشتراط يستلزم أن يتقدم على الخصومة خصومة،

---

١. السرخسي، المبسوط، (٣٨/١٧). قراعة ، الأصول القضائية ، (٣٤).

٢. حيدر ، درر الحكام ، (٤/ ٢٣٦، ٢٤٧).

٣. قراعة، الأصول القضائية، (٣). نصري ، مبادئ القضاء الشرعي ، (١/ ٤٨٥).

٤. ابن الهمام ، فتح القدير ، (١٤٩/٧). ابن ابي الدم ، أدب القاضي ، (١٩٠).

٥. ابن الهمام ، فتح القدير ، (٧/ ١٤٩- ١٥٠).

وعلى هذه الدعوى دعوى أخرى، فإذا ادعى مدعٍ آخر عيناً، احتـاج قبـل هـذه الدعوى إلى تقرير بثبوت يده عليها حقيقة، أو حكماً، فإذا تقرر ذلك ادعى عليـه استحقاقها، فإن كانت الدعوى الأولى مقبولة من غير شرط، لم يتم اشتراط ثبـوت يد المدعى عليه، لأنها قد وجدت دعوى مقبولة من غير هذا الإشتراط، وإن كانت غير مقبولة، احتاجت دعوى ثبوت اليد إلى دعوى قبلها، وتسلسل الأمر، والتسلسل باطل، فهذا الاشتراط باطل. فالذي ينبغي التعويل عليه قبول مطلق الدعوى مـن غير اشتراط، فإن أجاب المدعى عليه بأن العين لم تكن في يده حقيقة، ولا حكمـاً كانت هذه الدعوى صحيحة، والإجابة صحيحة، ويرجع إلى التحالف، والنّكـول، وإن أجاب بالإنكار للاستحقاق، كان الرجوع بينهما إلى التحالف، والنّكول".[1]

ولعل في قول الجمهور قطعاً للنزاع، وحسماً لمادة الخصام.

والقاعدة عند الشافعية أنه لا تسمع الدعوى، والبينة بملك سـابق؛ كقـولهم كانت ملكه أمس مثلاً، حتى يقولوا: ولم يزل، أو لا نعلم مزيلاً، إلا في مـسائل.[2] وهذه المسائل تدور إما على إقرار أو على بينة.

وهذا الأمر واضح في دعوى الدجاجة، والبيـضة وهـي مـشهورة عنـد الفقهاء، فمن كانت الدجاجة في يده، فأثبت آخر أن البيضة التي خرجت منها ملكه، قضي له بها.[3]

وعلى كل فالحقوق العينية هي كل حق تعلق بذات الشيء، يعني بعين ذلك الشيء، ويدخل فيها الملكية، والإنتفاع بالريع، وحق الإرتفـاق، وحـق الإنتفـاع بالوقف. والحق العيني باقٍ لصاحبه، ولو خرج من ملكه بدون رضاه. وصـاحب الحق العيني مقدم على صاحب الحق في الذمة، فالدائن المرتهن أحق بثمن رهنـه حتى يستوفي بحقه، فهو أولى من الدائن في الذمة عند إفلاس المدين.[4]

---

١. الشوكاني ، السيل الجرار ، (٤/ ١٣٢).

٢. انظر: السيوطي ، الأشباه والنظائر ، (٧٦٦).

٣. الزريني ، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل ، (٢/ ٢٨٧).

٤. حسين ، المقارنات التشريعية ، (١/ ٣٤٦- ٣٤٧، ٤١٥- ٤١٦).

الخصم في دعوى الفعل

وذكر دعوى الفعل هنا لأنها تتفرع من دعوى العين، بل بعـض الحنفيـة حينما يمثل لدعوى العين يمثل بالغصب، وهو فعل، وتزيد دعوى الفعل عن دعوى العين بأن الخصم فيها لا يشترط أن تكون العين المدعاة في يده، ولذلك تدخل هنا دعوى الضمان، كما إذا تلفت العين عند الغاصب، أو ببيعها لآخر، فإن تلفت العين عند المشتري من الغاصب، أو البائع الفضولي، صح كل منهم خـصماً، ولـه أن يدعيها ممن شاء منهم. والغاصب كذلك له أن يخاصم إذا انتزعـت منـه العـين المغصوبة.[1]

ويلحق بالغصب كذلك الإستعارة، والإرتهان، والإستئجار، وما شابه ذلـك من الأفعال. وقد قيل بأن المستعير له الحق في أن يخاصم، كما يخاصم الغاصـب الذي انتزعت منه العين المغصوبة؛ بل هو أولى.

وباب الضمان في الأفعال أوسع من الدعوى، ولذا فإن أغلـب الفقهـاء لا يشترطون الأهلية فيها، فالصغير، والسفيه، يضمن ما أتلف، وكذا الدابة إذا أتلفت مال غيره على خلاف في تفصيلات ذلك بالنسبة للدابة.

والضمان منوط أيضاً بحالة الإختيار، فليس على مكره ضـمان، إلا فـي مسائل وهي محل خلاف، فالضمان على المكره، لذلك فالدعوى تقام على المكـره لا على المكره، وهذا هو الأصل.[2]

الخصم في دعوى الدين

والدين في اللغة قيل: هو القَرض، وقيل: الدين ماله أَجل، وما لا أَجل لـه فقرض. والقَرض ما تعطيه غَيرك من المال لتُقضاه، والجمـع قُـروض. وثمـن المبيع، والصداق، والغَصب، ونحوه، ليس بدين في اللغة بل شرعاً.[3]

وأما في عرف الفقهاء، واصطلاحهم، فهم يطلقونه على ما ثبت في الذّمة.[4]

---

١. حيدر ، درر الحكام ، (٤/ ٢٣٣- ٢٣٤). الزركشي ، المنثور في القواعد ، (١٦٤/٣-١٦٥).

٢. حيدر ، درر الحكام ، (٤/ ٢٣٣- ٢٣٤). وانظر: قراعة ، الأصول القضائية ، (٣٤ - ٣٦).

٣. الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، (١١٩٨). الفيومي ، المصباح المنير ، (٧٨، ١٩٠).

٤. التسولي، البهجة شرح التحفة، (٣٢/١). الماوردي، الحاوي الكبير، (٢٩٢/١٧). البعلي، المطلع، (٣٢٦).

والأصل في الدين المؤجل أن الدعوى لا تسمع به إذا لم يتعلق بها إلزام ومطالبة في الحال.[1]

لذا فالخصم في دعوى الدين هو من كان الدين في ذمته، وتوجهت الدعوى إليه، أو إلى نائبه. لكن لا يكون الوديع خصماً لدائن المودع، فليس له أن يثبت في مواجهة الوديع مطلوبه من المودع، وأن يستوفي الدين من الوديعة التي لديه، واستثنى الحنفية من ذلك من كانت له نفقة واجبة؛ كنفقة الزوجة.[2]

ويلحق بذلك المرتَهن، والمستأجر، والمستعير، ونحوهم. وأيضاً مدين المدين ليس خصماً للدائن في الدعوى، وإثبات المدعى به، فليس لأحد أن يثبت مطلوبه من ذمة المتوفى في مواجهة مدينه لإستيفائه منه، إلا إذا أثبت الدائن دينه في ذمة المتوفى في مواجهة خصم شرعي؛ كالوارث، وأقر مدين المتوفى بأنه مدين للمتوفى، فيأمره القاضي بأن يؤدي لهذا الدائن.[3]

وهذا عند الحنفية، وقد ذهب بعض المالكية (من المعاصرين) إلى أنه متى ما أهمل المدين في المحافظة على حقوقه بعدم المرافعة، أو الطلب، فللدائن طلب هذه الحقوق محافظة على مال المدين، ليكون فيه الوفاء، ويمتد ذلك إلى كل حق للدائن، إلا الأحوال الشخصية، ما لم تكن بمال. ويقيدون ذلك بشروط؛ كون الدين حال، وأن يكون مال المدين لا يفي بدينه. ويمتد ذلك عندهم ليشمل مدين المدين، ويشترطون له مع الشرطين السابقين، أن يكون مال المدين لا يفي بدين المدين.[4]

الخصم في دعوى الحقوق الشرعية

ونظراً لتعدد تلك الحقوق سأذكر منها ما وقفت عليه، وما تيسر، والأصل فيها الرجوع لضابط الخصم الذي تقدم ذكره.[5]

---

١. ابن ابي الدم ، أدب القاضي ، (١٩٢). السقاف ، ترشيح المستفيدين ، (٤١٠).

٢. حيدر ، درر الحكام ، (٢٤٥).

٣. المصدر السابق، (٢٤٦).

٤. حسين ، المقارنات التشريعية ، (٢/ ٣١٥- ٣١٧).

٥. انظر فيما سبق من هذه الدراسة، (١٤٢).

الإرث: في دعوى الإرث يكون الواحد من الورثة خـصماً، فيمـا يثبـت للميت، وعلى الميت، وقد يكون الإرث مالاً، أو عيناً، فأما العين، فإن الخصم منهم هو من كانت العين في يده.[1]

وقال بعضهم: "الخصم أحد أربعة، وارث الميت، أو دائن الميت، أو مـن عنده للميت وديعة، أو غصب، أو عليه له دين".[2]

ويرى بعض الحنابلة (من المعاصرين)، أن الخصم في دعوى الدين علـى الميت "هو كل من وصل إليه شيء من تركته؛ سواء كان وارثـاً، أو مودعـاً، أو غريماً استوفى دينه، أو بعضه من تركته. ولا يكون الوارث، أو الوصي خـصماً إذا لم يصل إليه شيء من التركة".[3]

الوصاية: الموصى له من قبل الميت يصح أن يكـون خـصماً للورثـة، ويصلح أن يكون خصماً لموصى له آخر، كما لو ادعى الوصية له بجزء شـائع كالربع، وأثبت ذلك، وحكم له، ثم جاء آخر، وادعى أنه موصي له بـالربع، فـإن الأول يكون خصماً للثاني.[4]

النسب: الخصم في دعوى النسب إن كان النسب مما لا يثبت باعترافهما؛ كأُبوة، وبنُوة، وولاء، وزوجِية، فالمدعي خصم لو أنكر المدعى عليه، وتقبل بينته؛ سواء ادعى لنفسه حقاً، أو لم يدع، ولو كان مما لا يثبت باعترافهما؛ كأُخوة، فهو خصم لو ادعى حقاً مع ذلك، وإلا فلا.[5]

فإن كانت الدعوى للنسب من الميت فقالوا: الخصم أحد خمسة؛ الوارث، أو الوصي، أو الموصي له، أو دائن الميت، أو مديونه.[6]

والظاهر أنه فيما عدا الأول لا بد من دعوى حقٍ هنا حتى تقبل، وإلا فلا.

---

١. ابن الشحنة ، لسان الحكام ، (٢٣٠- ٢٣٥). السمناني ، روضة القضاة ، (٢/ ١٤٥٦).

٢. قراعة ، الأصول القضائية ، (٤٧ - ٤٨).

٣. القاري ، مجلة الأحكام ، (٦١٧) ، (م/٢١٢٨) .

٤. الغزي ، أدب القاضي ، (١٠٢). قراعة ، الأصول القضائية ، (٤٨ - ٤٩).

٥. الطرابلسي ، معين الحكام ، (٥٨).

٦. الأبياني، محمد زيد، وسلامة، محمد، مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية، (مطبعة على سـكر، مصر، الطبعة الثانية١٣٣١هـ/١٩١٣م)، (٣١ـ٣٢). قراعة ، الأصول القضائية ، (٤٨).

النكاح: الخصم في الدعوى هو من يدعي الزوجية، فالخصم في دعـوى نكاح الكبيرة البالغة هو نفسها، لا وليها، والخصم في دعوى نكاح الصغيرة هـو، وليها الذي زوجها.[١]

ولو ادعت امرأة الزوجية لم تسمع على الأصح، ما لم تتعرض لمهـر، أو نفقة. فالخصم هنا هو الزوج المدعى عليه بالزوجية.[٢]

البيع والشراء: اشترى داراً، ولم يقبضها حتى غصبها آخر من البـائع؛ إن كان المشتري نقد الثمن، أو كان الثمن إلى أجل، فالخصم هو المـشتري، وإلا فالخصم هو البائع. فإن قبضها المشتري ثم اختلف فـي الـثمن، فالخـصم هـو المشتري.[٣]

العقد: ويدخل فيه النكاح، والبيع، والشراء، والخصم هو طرفي العقـد، أو من ينوب عنهم من وكيل، أو ولي.[٤]

الطلاق : الخصم هو الزوج؛ كما لو شهد الشهود على رجل أنـه طلـق امرأته ثلاثاً وهي غائبة، حتى لو كذّبت المرأة ذلك، لا يلتفت إلى تكذيبها.[٥]

ويمكن القول أنه من حصل منه الطلاق مع الزوج؛ كما لو وكّل في تطليق زوجته، أو فوضها. وقال البعض: وإذا توفي كان الخصم هو الوارث، أو الوصي، إذا أرادت المرأة الإرث بإثبات الطلاق.[٦]

العتق: الخصم هو المعتِق؛ سواء كان المدعي هو المعتَق، أو شهد الشهود بذلك، حتى لو كذّب العبد، أو الأمة ذلـك. ونائـب الخـصم يقـوم مقامـه فـي الخصومة.[٧]

---

١. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٣٧). قراعة ، الأصول القضائية ، (٤٨).

٢. الغزالي ، الوجيز ، (٢٦١/١) .

٣. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٣٨). ابن عبدالبر ، الاستذكار ، (٦/ ٤٧٩).

٤. الفتوحي، منتهى الإرادات، (٥/ ٢٨٦). الأبياني وسلامة، مباحث المرافعـات، (٣٠). ياسـين، نظريـة الـدعوى، (٢٩٨).

٥. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٣٩).

٦. الأبياني وسلامة، مباحث المرافعات، (٣٠).

٧. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٣٩).

دعوى القول: وهو كما تقدم في الطلاق والعتاق أي قائل ذلك القول، أو هو كل من له شأن، أو من يقوم مقامه.[1]

الوقف: الخصم هو كما سبق متولي الوقف، لأنه هو من يلي القبض، ولا يكون المستفيد خصماً إذا لم يل القبض؛ كولي الصبي.[2]

الحوالة: والخصم فيها هو المحال عليه إذا ادعي تجاهه وأقام البينة بذلك.[3]

الوديعة: المودع من جهة الوكيل بالحفظ إذا مات الوكيل يكون خصماً لكل من يدعي الوديعة.[4]

وهو بذلك خصم في المطالبة بالوديعة، وتصح دعواه بها.[5]

دعوى الحسبة: والخصم في دعوى الحسبة قد يكون واحداً؛ كمن يحـدث حفرة في طريق عام، فالخصم هنا هو المحدث. وقد يكون جماعة محصورين، أو غير محصورين؛ كما في الدعوى بين طرفين في الأشياء المشترك الإنتفاع بهـا كالنهر، والمرعى.[6]

دعوى حقوق الإرتفاق العقارية: تعتبر دعاويهـا كـدعاوى العـين، فالخصم هنا هو واضع اليد بالملك، وإلا فهو المالك للعقار، كما في دعوى كـراء الدار ونحوها.[7]

دعوى حق الحضانة والرضاع: الخصم فيها هو كل شخص له شأن في الدعوى، وهو من ينازع المدعي في الحق، ويمنعه من التمتع به، سـواء كانـت

---

١. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام ، (١٣٩). الأبياني وسلامة، مباحث المرافعات، (٣٠). ياسين ، نظرية الـدعوى ، (٢٩٧).

٢. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام، (١٣٨). الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (١٠/ ٢٩٩- ٣٠٠).

٣. ابن قطلوبغا ، موجبات الأحكام، (١٤٣).

٤. المصدر السابق ، (١٤٥).

٥ .الزركشي ، المنثور في القواعد ، (١٦٤/٣). القاري ، مجلة الأحكام ، (٦١٨) ، (م/٢١٣٢) .

٦. حيدر ، درر الحكام ، (٤/ ٢٥٨- ٢٥٩).

٧. السرخسي، المبسوط، (٣٨/١٧). الأبياني وسلامة، مباحث المرافعات، (٣٣). ياسين ، نظرية الدعوى ، (٢٩٨).

الزوجية قائمة، أو غير قائمة، فالزوج خصم الأم في إثبات حقها في الرضاع، والحضانة، إذا كان الولد عنده وتعرض لإسقاط حقها.[1]

الخصم في الدعوى على الشخص الاعتباري: من كان تحت نظر الحاكم، أو بيت المال، فالخصم هنا ليس القاضي، أو بيت المال، بل من ينصبه القاضي في ذلك، فيمثل من تحت نظر الحاكم، ويمثل بيت المال.[2]

الدعوى بلا خصم: أجاز بعض الفقهاء سماع الدعوى بلا خصم في حفظ وقف، وغيره بالثبات عن خصم مقدر، فالمدعي عليه هنا متخوف غير معروف، أو موجود .[3]

---

١. الأبياني وسلامة، مباحث المرافعات، (٣٣). ياسين ، نظرية الدعوى ، (٢٩٨).

٢. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (١٠/ ٣٠٠).

٣. الفروع، ابن مفلح، (٥٢٤/٦).

الفـرع الرابع

التـدخـل والإدخـال

التدخل والإدخال في اللغة "من دخَلَ يدخُل دخُولاً، وهو نقيض خرج".[1]

والمراد بالإدخال: "هو دخول طرف ثالث في الدعوى من غير طلبه، بـل بطلب من الخصم، أو المحكمة لمصلحة تقتضي ذلك".

وأما التدخل "فهو دخول طرف ثالث في الدعوى بطلبه".[2]

وهو من الموضوعات المعروفة في الفقه، لكنه غير مطـروق بالـصورة المعروفة حالياً، والتي اعتمدتها القوانين الوضعية.

ويعتبر المتدخل في الأصل ليس من الخـصوم فـي الـدعوى، ولا مـن أطرافها، وإنما هو شخص يتأثر من نتيجة الحكم في دعوى مقامة بين طرفين.[3]

وقد أجاز القانون (والنظام) لهذا الشخص أن يطلب من المحكمـة إدخالـه كشخص ثالث في الدعوى، ويجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أن تقـر إدخـال أي شخص من غير الفرقاء في الدعوى، إذا رأت أن إدخاله ضروري لتحقيق العدالة.

ويعامل الشخص الثالث في طلبه الدخول في الدعوى أولاً كمدعٍ، فيطالـب إثبات الصفة التي تؤهله للدخول في الدعوى، وبعد إثبات ذلك ينظر في أمره.[4]

والظاهر أن المتدخل كطرفي الدعوى، لأنه إما أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه، لذا كان لابد من توافر الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى فيـه، ويأخـذ ذات الأحكام من التحقق من الأهلية، والصفة، وما يترتب على فقدها، على دعواه هو فقط دون غيره، أو حال كونه خصماً. سواء تدخل مـدعياً لنفـسه، منازعـاً للمدعي، والمدعى عليه، أو كان في جانب المدعي، أو المدعى عليه.

---

١. الفيروزآبادي ، القاموس المحيط ، (٩٨٨) .

٢. آل خنين ، عبدالله بن محمد بن سعد ، الإدخال والتدخل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية ، بحث مقدم في نـدوة القضاء والأنظمة العدلية (بوزارة العدل بالمملكة العربيـة الـسعودية ١٤٢٣/٢/٢٥هـ ـ)، (١١) . وانظـر : أبـو الوفا،المرافعات المدنية والتجارية ، (١٩٢) .

٣. أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٢٩-١٣٠).

٤. المصدر السابق، (١٢٩ـ ١٣٠).

ولذا يذهب البعض إلى القول بأنه لابد أن يكـون المتـدخل ممـن يـصح اختصامه عند رفع الدعوى، فيصح أن يكون مدعياً، أو مدعى عليه ابتداء، ولا بد أن يكون هناك رابطة بين طلبه الدخول، والدعوى الأصلية، فيما إذا كان متدخلاً، وأن يكون في إدخاله، أو تدخله مصلحة، وإظهاراً للحقيقة.[1]

ولا تخلو حال الشخص في دخوله في الدعوى من إحدى الحالات التالية:

أولاً: أن يدخل مدعياً مستقلاً، أو إلى جانب المدعي، بنـاء علـى طلـب المدعى نفسه.

ثانياً: أن يدخل إلى جانب المدعى عليه، ويقف ضد المدعي، بنـاء علـى طلب المدعى عليه.

ثالثاً: أن يقف ضد الطرفين معاً المدعي، والمدعى عليه، فيخاصمهما معاً.

رابعاً: أن تدخله المحكمة من تلقاء نفسها إلى جانب أحد الطرفين.

ودعوى المتدخل لها حكم الإستقلال، فلا تؤثر دعواه على حق المدعي إذا دخل بصفة مدع. وتسير المحكمة في دعواه على وفق الأصول، ويكلـف بإقامـة البينة إن كان مدعياً، واليمين إن كان مدعى عليه.[2]

والتدخل الإختياري ينقسم إلى قسمين:

الأول: انضمامي، أو تبعي، أو تحفظي، يقصد به المتدخل المحافظة علـى حقوقه، عن طريق مساعدة أحد طرفي الدعوى في الدفاع عن حقوقـه؛ كتـدخل البائع في دعوى الإستحقاق المرفوعة على المشتري.

الثاني: تدخل أصلي، أو هجومي، ويقصد به المتدخل المطالبة بحق يـدعي لنفسه، إما أن يكون ذات الحق في الدعوى، أو حق آخر متعلق به، كـأن يتـدخل شخص في نزاع على ملكية عين، مطالباً الحكم له بالملكية، في مواجهة طرفـي الخصومة الأصليين.[3]

---

١. أبو الوفا ،المرافعات المدنية والتجارية ، (١٩٣). وانظر: نظام المرافعـات الـشرعية ، (م/٧٥ ، ٧٦ ، ٧٧)، لائحة النظام التنفيذية ، (٢/٧٥، ١/٧٦، ١/٧٧).

٢. أبو البصل ، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية ، (١٢٩-١٣٠).

٣. أبوالوفا،المرافعات المدنية والتجارية،(١٩٢).آل خنين، الإدخال والتدخل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية، (١٢).

المطلب الثاني

شرط الصفة في المدعى عليه في القوانين الوضعية

والصفة بالنسبة للمدعى عليه تكون إذا كان هو منكر الحـق، أو المنـازع فيه، أو كان نائباً قانونيا عن المطالب بالحق، أو المدين به، أو كان حائزاً للحـق، أو المال محل النزاع.

أما الوكيل وهو النائب الإتفاقي، فلا يجوز رفع الدعوى ابتداءاً عليه، ما لم يكن مطالَباً بالتزام شخصي، أو بوصفه ضامناً للأصيل.[1]

وتوفر الصفة في المدعى عليه أمر واجب في العرف القانوني، والأصـل فيها أن تكون حالّة، أي متوافرة عند رفع الدعوى، إلا أنه استثناء كما في القانون المصري تقبل الدعوى إذا كانت الصفة ممكنة، ولكنها غير محددة، أو مـستقرة، متى كان لتحديدها، واستقرارها أجل معلوم، على أن تؤجل الدعوى حتى ينقضي ذلك الأجل، الممنوح لاتخاذه، أو لاتخاذها على نحو معين.[2]

وقد ذهب بعض علماء المرافعات إلى عدم اشتراط الصفة فـي المـدعى عليه، ويرون أن الخصومة تنعقد، والدعوى تكون مقبولة، ولكنهـا تـرفض، لأن المدعى عليه فيها ليس ملتزماً بشيء، لا بشخصه ولا بتمثيله أو نيابته عن غيره.[3]

والفصل في هذا الموضوع يرتبط أصالة في الفصل في تعريف الـدعوى وقد تقدم الكلام عليه[4]، خصوصاً عند من يذهب في تعريف الدعوى إلى أنها حق، فلا مجال لاعتبار الصفة في الخصم فيها إلا عندما تنتقل إلى المطالبة القـضائية، وهذا ما تبين من عبارتهم.

---

١. مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٢- ٣٣٣).

٢. مسلم ، أصول المرافعات ، (٣٣٣- ٣٣٤). أبوهيف، عبدالحميد، المرافعات المدنية والتجارية، (مطبعة الاعتمـاد، مصر، الطبعة الثانية١٣٤٠هـ/١٩٢١م)، (٣٢٣، ٣٧٩، ٣٨٦).

٣. جميعي، عبد الباسط، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، مصر١٩٦٦م، (٢٧٥ـ ـ٢٧٦). ياسـين، نظرية الدعوى، (٢٨٥).

٤. انظر: الفصل التمهيدي، المبحث الثاني، (٢٦). من هذه الدراسة.

وتتعين الصفة في الشخص الإعتباري من خلال تعيينها في الشخص الطبيعي الذي له حق تمثيل الشخص الإعتباري أمام القضاء بمقتضى العقد، أو النظام الأساسي، إذا كان الشخص الإعتباري من أشخاص الحقوق الخاصة؛ كالشركات مثلاً، أو بمقتضى أحكام القانون، إذا كان الشخص الإعتباري من أشخاص الحقوق العامة؛ كالدولة، والمؤسسات العامة.[١]

ولم أحظ بالوقوف على تقسيم يبين أنواع الخصوم في مختلف الدعاوى في القانون الوضعي فيما وقفت عليه في ذلك، سوى ما يذكرونه في تقسيمهم للدعاوى إلى شخصية، وعينية، وقد تقدم الكلام عليها[٢]؛ لكن سأذكر ما وقفت عليه في تحديد المدعى عليه في تلك الدعاوي.

ترفع الدعاوى الشخصية كقاعدة عامة في مواجهة الطرف السلبي للحق، أي الشخص الملتزم، كما ترفع من بعده في مواجهة الخلف العام.

وترفع الدعاوى العينية في مواجهة أي شخص يكون محل الحق العيني تحت يده، ولو لم يكن ملتزماً بشيء قبل المدعي، أو تربطه به أية رابطة سابقة.[٣]

وقد منحت القوانين الوضعية الحق لكل ذي مصلحة، بأن يتدخل في الدعوى بالإجراءات المعتادة؛ سواء كان تدخله انضمامياً (تبعياً، أو تحفظياً)، أو كان تدخله اختصامياً هجومياً، فمتى كان في جانب المدعى عليه، فإن حكمه في ذلك الحين يكون حكم المدعى عليه فيما يطلب فيه من شروط.[٤]

وبقية الكلام في المدعى عليه، يجري فيه ما تقدم في المدعي.[٥]

---

١. الأنطاكي، رزق الله، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الأولى، (٣٤٤).

٢. انظر: الفصل التمهيدي، المبحث السادس، (٤٠). من هذه الدراسة.

٢. فهمي، مبادئ القضاء المدني، (١٣٧).

٤. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية. (١٩٢).

٥. انظر: المطلب الثاني من المبحث الأول من هذا الفصل، (١٢٩).

المطلب الثالث

شرط الصفة في المدعى عليه في نظام المرافعات الشرعية

لم يحظ هذا الشرط بمزيد تفصيل في نظام المرافعات الشرعية لكن لم يخل من إشارات تدل على اعتباره فيه.

تعرض النظام لشرط الصفة بشكل عام؛ كما هو الجاري في القوانين الوضعية، لأن تتبع التفاصيل، والجزئيات، قد ينحرف به عن مقصوده.

وأمر تلك الجزئيات، والتفاصيل لم تهمله الشريعة الغراء، فقد وجد من الفقهاء العناية، والتوسع مما يثري القاضي الشرعي في هذا المجال.

وقد بين النظام من خلال لائحته التنفيذية الصفة في الشخص المعنوي، أو الإعتباري إذا كان مدعى عليه، فذكر أنه إذا كان المدعى عليه بيت المال، فللمحكمة إدخال مندوب من قبل وزارة المالية، والإقتصاد الوطني، للدفاع عن بيت المال.

وإذا كان المبلغ المدعى به محفوظاً لدى بيت مال المحكمة، وتوجه الحكم به، فللمحكمة إدخال مأمور بيت مال المحكمة، والحكم عليه.[1]

وكما تقدم في المدعي؛ فإن جواز رفع الدعوى وسماعها على الجهات الحكومية مشروط بأن يتم ذلك بعد استئذان المقام السامي.[2]

وفيما يتعلق بالشركات، أو الجمعيات، أو المؤسسات الخاصة، فإن سماع الدعوى المقامة منها، أو عليها، لابد أن يكون ممثل هذه الجهات، له الصفة الشرعية لذلك.[3]

وقد تطرق النظام للمتدخل على ما تقدم في مأمور بيت مال المحكمة، واشترط فيه، أن يكون ممن يصح اختصامه، وأن تكون له مصلحة في هذا التدخل، وأعطى الحق للخصم في إدخال من يصح اختصامه، بطلب يكون منه

---

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٧٦/ ٧- ٧٦/ ٨). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (٣٣٧ـ٣٣٨).

٢. المصدر السابق، (م/٣٥/ ١). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (١٩٠).

٣. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٣٦/ ٢).

للمحكمة. مع العلم أنه لم يسبق بيان لمن يصح اختصامه تحديداً في النظام، فيكون المرجع هو من يصح اختصامه شرعاً، مع مراعاة القواعد النظامية.[1]

ويجوز للمحكمة أن تدخل من ترى، إذا كانت تربطه بأحد الخصوم رابطة تضامن، أو حق، أو التزام لا يقبل التجزئة، وكذا الوارث مع المدعي، أو المدعى عليه، أو الشريك على الشيوع إذا كانت الدعوى تتعلق بالتركة في الحالة الأولى، أو بالشيوع في الحالة الثانية. وتدخل من قد يضار بقيام الدعوى، أو بالحكم فيها إذا بدت للمحكمة دلائل جدية على التواطؤ، أو الغش، أو التقصير من جانب الخصوم.[2]

وفي دعوى العين نصت لائحة النظام على أنه إذا أقيمت دعوى على شخص بعين تحت يده، ثم ادعى بيعه العين بعد تبليغه بإقامة الدعوى، كلف بإحضار المشتري، فإن صادقه المشتري حل محله في الدعوى.[3]

وفي هذا إشارة إلى القاعدة في دعوى العين، وهي أنها تكون على من كانت العين تحت يده، فإن ادعاها لآخر كمشترٍ كلف إحضاره، فإن صدقه كان هو الخصم، وصاحب اليد هنا لابد من حضوره، من أجل تسليم العين كما تقدم النص عليه قريباً في إدخال مأمور بيت مال المحكمة.

وفي دعاوى الحيازة بينت اللائحة التنفيذية للنظام أنه يشترط لسماع دعوى منع التعرض للحيازة، أن يكون المدعي واضعاً يده حقيقة على المحوز، ولو لم يكن مالكاً له؛ كالمستأجر، والمستعير، والأمين.

واشترطت كذلك في دعوى استرداد الحيازة ثبوت حيازة العين من المدعي قبل قيام سبب الدعوى، ولو بغير الملك؛ كحيازة المستأجر ونحوه.[4]

ولو حصل فقد لصفة التقاضي أثناء نظر الدعوى، فإن الدعوى تنقطع كما نص على ذلك النظام في المادة (٨٤). وبينت اللائحة التنفيذية للنظام" أنه إذا

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/ ٧٥). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ٧٦/ ٧، ٧٦/ ٨). الديناصوري وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٧٠/١).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/٧٦)

3. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٧٦/ ٦).

٤. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٣١/ ٣، ٣١/ ٥) .

حصل الإنقطاع قبل الجلسة المحددة لنظر القضية، وحضر وارث المتوفى، أو من يقوم مقام من زالت عنه صفة النيابة، وباشر الدعوى في الجلسة المحـددة، فـإن الدعوى لا تنقطع بذلك.[1]

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٨٧/ ٢). الديناصوري وعكاز، التعليق على قـانون المرافعـات، (١٤٠٤/١). وانظر: الهبوب، بكر بن عبداللطيف، نظرية البطلان في نظـام المرافعـات الـشرعية، مجلـة العـدل، العدد(٨٢)، شوال١٤٢٦هـ، (١٧٦).

المبحث الثالث

الآثار المترتبة على شرط الصفة

تقدم القول أن القاعدة العامة أن أصحاب الحقوق هـم ذووا الـصفة فـي المخاصمة عنها أمام القضاء. ففي حال توافر هذه الصفة للمخاصمة، فإنه يجـوز لأطراف الدعوى مباشرتها بأنفسهم، أوعن طريق وكلائهم، وهذا مـع افتـراض تحقق الشروط الأخرى، وعدم وجود مانع يمنع من المباشرة.[1]

لكن في حال لم تكن هناك صفة لأحد أطراف الدعوى، أوكليهما، فإنـه لا يجوز لأحد منهم، ولا يصح منه رفع الدعوى، ولا أن ترفع عليه، لعدم الحـصول على المسوغ المخول لمثل هذا التصرف.

وكما سبق فكونها شرط لقبول، أو لصحة الدعوى، يستلزم عدم القبول، أو الصحة لانعدامها، أو عدم توافرها. وهذا ما نص عليه فقهاء الـشريعة، وشـراح القوانين، والتنظيمات الحديثة، ومنها نظام المرافعات الشرعية.[2]

فانتفاء الصفة في الدعوى، أو الطعن، أو الدفع، يؤدي إلي عدم القبول، أما انتفاء الصفة فيمن يباشر أي إجراء آخر غير ما تقدم، فإنه يؤدي إلـي بطلانـه. وعلى ذلك إذا اتخذت إجراءات التنفيذ من غير ذي صفة كانت باطلة ولا تنتج أي أثر . كذلك إذا أعلن المحكوم عليه بالحكم من غير المحكوم له ، أومن يمثله قانوناً فلا ينتج أي أثر.[3]

وإذا ما كان الأمر كذلك، فإنه من المتقرر أنه يجوز الـدفع بعـدم قبـول الدعوى، لانعدام الصفة وهو دفع موضوعي يقصد به الرد على الدعوى برمتهـا، ويترتب على قبوله أن يخسر المدعي دعواه، بحيث لا يستطيع العودة إليهـا. وإن

---

١. انظر : نظام المحاماة ، (م/١) . اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة ، (م/١/١) .

٢.انظر: السمناني ، روضةالقضاة ،(١٨٦/١).ابوالوفا، المرافعات المدنيـة والتجاريـة ، (١١٥). نظـام المرافعـات الشرعية. (م/٧٢، ٨٤).

٣. ابوالوفا ،المرافعات المدنية والتجارية ، (١١٥).

كان هناك توجه لدى بعض شراح القوانين على أساس أن الحكم الـصادر بقبـول الدفع لا يعتبر حكماً فاصلاً في موضوع الدعوى.[١]

ويجوز للمحكمة أن تحكم بعدم قبول الدعوى لانعدام صفة التقاضـي مـن تلقاء نفسها متى ما ثبت ذلك لديها ، لأنه أمر يتعلق بالنظام العام .[٢]

وهذا ما نص عليه نظام المرافعات الشرعية وأجاز الدفع به في أي مرحلـة تكون فيها الدعوى .[٣]

وانتفاء الصفة في المدعى عليه يجوز الدفع به، لكن يتعين علـى المحكمـة تأجيل الدعوى لإعلان ذي الصفة بدلاً من الحكم بعدم القبول. ويجوز فـي هـذه الحالة الحكم على المدعي بغرامة؛ كما هو منصوص القانون المصري.[٤]

وفقد الصفة المخولة لمباشرة إجراءات الدعوى، يعد سبباً من أسباب انقطاع الخصومة، وتوقف السير في إجراءاتها، وهو ما نصت عليه القواعـد القانونيـة، والتنظيمية فيمن يباشر الخصومة عن غيره بالنيابة، وذلك كالولي، أو الوصي عن القاصر.[٥]

ولا تتأثر الخصومة بما يطرأ على شخصية ممثل الشركة من تغييـر، لأن الشركة ذات شخصية معنوية مستقلة عن شخصية مديرها، باعتبارها الأصيلة في الدعوى، ولأنه ليس نائباً عن الشركة، وإنما عضو للشخص الإعتباري. والـنص السابق يشترط للإنقطاع أن يكون الممثل لها نائب.

ويترتب على هذا الإنقطاع كذلك، وقف جميع مواعيد المرافعات التي كانت جارية في حق الخصوم، وبطلان الإجراءات التي تحصل أثناء الإنقطاع.[٦]

فإذا زالت صفة أحدهم ببلوغ القاصر سن الرشد، أو بـسلب الولايـة، أو بعزل الوصي، وتعيين غيره، ورفع الحجر عن الخصم الذي كـان القـيم يمثّلـه،

١.الصاوي ، الوسيط، (٢٦٨، ٢٦٩).

٢.المصدرالسابق ، (٢٦٧).

٣. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٧٢)

٤.الصاوي ، الوسيط ، (٢٦٩)

٥. ابراهيم، الوجيز في المرافعات، (٨٠٦، ٨٠٧).

٦. المرجع السابق، (٨٠٦، ٨٠٧).

وحضور الغائب من غيبته، أو الحكم باعتباره مفقوداً، أو ثبوت موته، ومع ذلـك استمر في مباشرة الإجراءات دون أن ينبه المحكمة، فإن الإجراءات اللاحقة تكون صحيحة إذا كان الغائب ولياً، أو وصياً، إذ يصبح نائباً اتفاقياً بعد أن كـان نائبـاً قانونياً، أو قضائياً.[1]

وكذا إذا كان النائب غيرهما، ولم ينبه المحكمة لزوال صفته، فـإن سـير الخصومة لا ينقطع إن مثل أمام المحكمة، ولم يطرح عليها زوال صفته، ومتـى تهيأت الدعوى قبل تحقق سبب الإنقطاع، فلا ينقطع سير الخصومة، وإنما تقـرر المحكمة حجز الدعوى، للحكم دون تصريح بمذكرات، أو مستندات.[2]

وذكر بعض شراح النظام أن جانباً من الفقه القانوني يذهب إلى أن انتفـاء صفة المدعى عليه، لا تبرر القضاء بعدم قبول الدعوى، ذلك أن الـصفة تعنـي الولاية، أو السلطة في المقاضاة، فلا يمكن أن تتمثل بالنسبة لعدم القبـول إلا فـي المدعي، وتوجه الدعوى ممن لا صفة له مؤداه القضاء برفضها موضوعاً، وهـو ما خالف فيه البعض بحجة أن هذا يستلزم تعرض المحكمة للموضوع، في حـين أن قبول الدعوى من عدمه أمر سابق على بحث الموضوع.[3]

---

١. هليل،فرج علواني،البطلان في قانون المرافعات،دار المطبوعات الجامعة الأسكندرية،٢٠٠٢ م،(٤١٣، ٤١٧).

٢. المرجع السابق، (٤١٣، ٤١٧).

٣. أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (١١٨ـ١١٩).

المبحث الرابع

أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية

تتفق القوانين الوضعية، والتنظيمات الحديثة مع ما قررته الشريعة الإسلامية، من أنه لا تقبل الدعوى ممن لا شأن له فيها. ولا تقبل على من لا شأن له فيها أيضاً.

ويتفقون على أن الحق في الدعوى، والمطالبة القضائية ينصرف أولاً إلى المدعي أصالة، وله حق المباشرة لإجراءاتها، ما لم يكن هناك مانع، كما لو كان مجنوناً، أو غير بالغ عند بعض الفقهاء. وعندئذٍ يباشر الدعوى نائبه كوليه، أو وصيه، أو وكيله.[1]

وتتفق تلك القوانين، والتنظيمات الحديثة مع الشريعة الإسلامية أيضاً فيما يتعلق بدعاوي الحسبة، وهي دعاوي على خلاف القاعدة، والأصل لكنها شرعت مراعاة لمصالح أكبر منها، وأعم، لكن دعاوى الحسبة في القوانين الوضعية أضيق منها في الشريعة الإسلامية، فهي مناطة بجهات خاصة كالنيابة العامة، بينما هذا الحق هو مشاع لكل واحدٍ من المسلمين، وأما نظام المرافعات الشرعية فلم يختلف كثيراً عما هو متقرر شرعاً، لكنه جعل لذلك تنظيماً يواكب تعقيدات العصر، ويحقق المصلحة من خلال إلحاق ذلك الحق، والواجب بالمؤسسات الحكومية حينما تكون متوافرة في مكان الدعوى، وإلا كان ذلك الحق لكل أحدٍ، شرط أن يكون المدعون ثلاثة من أهل تلك الجهة في مصلحة عامة.[2]

والشريعة الإسلامية يقسم فقهاؤها الخصوم بإعتبار الدعاوى، ويجعلون لهم ضوابط واضحة فيمن يصح أن ترفع الدعوى في مواجهته، ففي دعاوى العين

---

١. السمناني، روضة القضاة، (١٦٦/١). مسلم ، أصول المرافعات ، (٣٣٣- ٣٣٤). أبوهيف، عبدالحميد، المرافعات المدنية والتجارية، (٣٢٣، ٣٧٩، ٣٨٦).

2.الدردير، الشرح الصغير، (٢٤٨/٤). مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٠). نظام المرافعات الشرعية، (م/٥).

يكون الخصم فيها هو صاحب الحيازة، ومن تكون العـين المـدعاة تحـت يـده وتصرفه. وفي دعاوى الأفعال يكون المدعى عليه فيها هو الفاعل كالغاصب.

وفي دعاوى الدين يكون الخصم هو من كان الدين في ذمته، وفي دعـاوى الحقوق الشرعية تتنوع بحسب الحق الشرعي المدعى، وإن كان ضابط الفقهاء في الخصم، وهو أن من ادعى على إنسان شيئاً، فإن كان المـدعى عليـه لـو أقـر بالدعوى يصح إقراره، فإنه ينتصب خصما في إقامة البينة عند إنكاره، وإن كـان لو أقر لا يصح إقراره، فإنه لا ينتصب خصماً في إقامة البينة عليه عند إنكاره.[1]

فهذا الضابط شامل لكن في كل دعوى زيادة وصف يحدد الخصم بوضوح ويجليه.

وبالنظر للقوانين الوضعية فقد تعرضت لبيان الخصوم لكن بشكل مـوجز، ولم تحظ المسألة لديهم بما حظيت به عند الفقهاء في الشريعة الإسلامية، لكن لعلهم رأوا في إيجاز الضابط كافٍ في المسألة، فهم يوافقون فقهـاء الـشريعة فـي أن المدعى عليه في دعاوى العين، والحيازة هو من يكون محل الحق العينـي تحـت يده، وفي باقي الدعاوى ويسمونها بالدعاوى الشخصية، فإن المدعى عليـه هـو الطرف السلبي للحق.

وفيما يتعلق بالإدخال والتدخل فهناك توافقاً ضمنياً فيما بين فقهاء الـشريعة الإسلامية، وشراح القوانين الوضعية إلا أن المسألة حظيت بجانب تنظيمي أكثـر وأدق لدى شراح القوانين الوضعية. وهو تنظيم حادث خرج مع أوائـل العـصر الحديث.

وفي الجملة كانت الشريعة الإسلامية سباقة في تفصيل، وبيان مـا يتعلـق بالمدعين، والخصوم انطلاقاً من حرصها على فض النزاع، وقطعه، تحقيقاً لصالح الناس، ودرء الفساد عنهم، ولا يتأتى مثل ذلك إلا من خـلال إحقـاق الحقـوق، وتأديتها إلى أهلها.

---

1. المواق، التاج والإكليل، (١٢٦/٦).الجصاص، شرح أدب القاضـي، (٤٠٦). ابـن الملقـن، الأشـباه والنظـائر، (٥٧٤/١). حيدر، درر الحكام، (٢٢٨/٤).

الفصل الرابع

شرط المصلحة في الدعوى

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : شرط المصلحة في فقه الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني : شرط المصلحة في القوانين الوضعية.

المبحث الثالث : شرط المصلحة في نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على شرط المصلحة.

المبحث الخامس : أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية.

المبحث الأول

شرط المصلحة في فقه الشريعة الإسلامية

المصلحة في اللغة هي: "من باب صلُح، وهو خلاف الفساد، وفي الأمر مصلحةٌ، أي خير، والجمع المصالح".[1]

وفي الفقه: "جلب نفعٍ، أو دفع ضررٍ". وقيل: "حصول الملائم، واندفاع المنافي".[2]

وفقهاء الشريعة حينما يتكلمون عن المصلحة، فإنهم يربطونها بمتعلقها، وهو المدعى به، وهو ركن عند من قال به، في مقابل المدعي، والمدعى عليه، وهو ما يقع النزاع بشأنه، وترفع الدعوى من أجل وقوع الحكم به، ورده إلى صاحبه.

لكنني لم أقف على تصريح بشرطية المصلحة في الدعوى، على الرغم من دلائل اعتبارها، ولعل ذلك لوضوحه، فالشريعة إنما جاءت لتحقيق المصالح، ودفع المضار، والمفاسد، فالمصلحة فيما أمرت به الشريعة حتى، وإن غاب عنا إدراك تلك المصلحة، والمفسدة، والضرر فيما نهت عنه الشريعة حتى، وإن غاب عنا إدراك تلك المفسدة.

ولذلك فمن القواعد الفقهية المتقررة عند الفقهاء: "أن ما حرم استعماله، حرم اتخاذه على هيئة الاستعمال".[3] ومن ثم حرم اتخاذ آلات الملاهي، وأواني النقدين، والكلب لمن لا يصيد، والخنزير، والخمر، والحرير، والحلي للرجل.

ومن القواعد المتعلقة بذات الشأن: "أن ما حرم أخذه، حرم إعطاؤه، كالربا، ومهر البغي، وحلوان الكاهن، والرشوة".

---

١. الفيومي ، المصباح المنير ، (١٣٢) .

٢. الطوفي ، شرح مختصر الروضة ، (٢٠٤/٣) .

3. ابن قدامة، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ، الكافي، تحقيق: التركي، عبد الله ، (وزارة الشئون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ)، (١/ ٣٦).

ويتبع له قاعدة: ما حرم فعله حرم طلبه. وما الدعوى في حقيقتها، إلا طلب عند من لديه سلطة الإلزام، لمن توجه الطلب إليه.[1]

هذا على وجه العموم، وأما فيما يخص الدعوى، فإن الفقهاء قد أشاروا إلى اعتبار المصلحة؛ حيث عبروا عنها بالحق، أو بأن تكون ملزمة بشيء لو ثبتت.

فالفقهاء يجعلون من شروط صحة الدعوى، أن تكون ملزمة بـشيء علـى الخصم بعد ثبوتها، وإلا كانت عبثاً لا يقدم عليه عاقل.[2]

والعبث هو العمل الذي لا فائدة فيه، ولا منفعة منه.[3] وهو بهـذا بخـلاف المصلحة، المرادفة للمنفعة، وهي ضد الفساد والضر.

ومن أمثلة كون الدعوى غير ملزمة دعوى الوكيل (التوكيل) على موكلـه الحاضر فهذه لا تصح عند الحنفية لإمكان عزله.[4]

وعند المالكية لابد أن تكون الدعوى معتبرة شرعاً، وهو احتراز من دعوى عشر سمسمه، فإن الحاكم لا يسمع مثل هذه الدعوى، لأنه لا يترتب عليـه نفـع شرعي.

ومما يتبع لذلك قولهم: أن كل أمر مجمع على ثبوته، وتعين الحق فيه ، ولا يؤدي أخذه إلى فتنة، ولا تشاجر، ولا فساد عرض، أو عضو، فيجوز أخذه مـن غير رفع للحاكم.[5]

والشافعية قد عددوا صوراً تسمع فيها دعوى من ليس بولي، ولا وكيل حقاً لغيره، بقصد التوصل إلى حقه، ومن ذلك لو اشترى أمة، ثم ادعى على البائع أنه غصبها من فلان، وأقام بينة على إقراره قبل البيع بذلك، سمعت بأنه يثبـت حقـاً لنفسه، وهو فساد البيع.[6]

---

١. السيوطي، الأشياء والنظائر، (٢٨٠- ٢٨١).

٢. منلا خسرو، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، (٣٣٠/٢). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٩/١).

٣. الفيومي، المصباح المنير، (١٤٧).

٤. ابن نجيم ، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، (٧/ ١٩٢).

٥. القرافي ، الفروق، (٤/ ٧٢).

٦. السيوطي ، الأشباه والنظائر، (٧٧٠).

وعند الحنابلة مواضع كثيرة أيضاً منها قولهم: أن من ادعى حقاً على غائب في بلد آخر، وطلب من الحاكم سماع البينة، والحكم بها عليه، فعلى الحاكم إجابته إذا كملت الشرائط.[1] وهذا اعتبار واضح في أن الدعوى لا تكون إلا بحـق، مـع اعتبار الشروط الأخرى.

ومن ذلك قولهم: أن من كان له على إنسان حقاً، ولم يمكنه أخذه بـالحكم، وقدر له على مال، لم يجز أن يأخذ إلا قدر حقه، لأنه إن كان مقراً به باذلاً له، لم يكن له أخذه، إلا أن يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم.[2]

وكل ما تقدم من نصوص، وغيرها كثير، تدل دلالة واضحة على اعتبـار الفقهاء لهذا الشرط في المدعى به، وعدم النص عليه لبداهته، لا لعـدم اعتبـاره، بدليل أنهم لا يقبلون الدعوى بالمجهول حتى يبينه، إلا في صور محدودة.[3]

والحق هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره.[4] والمصلحة المحكي عنهـا فـي ضوء النصوص السابقة، لابد أن تكون مصلحة معتبرة، اعتبرها الشارع بالنص، أو الإجماع، أو الاعتبار، بترتيب الحكم على وفق الوصف، أو المناسب المعتبـر، وهو ما لا خلاف في اعتباره، وقبوله، لأنه يشمل كل ما يعود على الأمة، والأفراد بصلاح دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، وأعراضهم، وأموالهم.[5]

ومع كل ذلك، فلم أحظ بالوقوف على نص عند فقهاء الشريعة، يشترط في أطراف الدعوى، أن تكون لهم فيها مصلحة شخصية مباشرة، كما يرى ذلك بعض شراح القوانين الوضعية، والظن أنهم رأوا في شرط الـصفة لمباشـرة الـدعوى كفاية، وغنية، فلم يحوجهم ذلك لهذا الرأي، خاصة أنه رأي لم يحظ بقبول عام؛ بل أُورد عليه العديد من الانتقادات، كما سيرد في المبحث التالي.

---

١. ابن قدامة ، المغني، (١٤/ ٩٣).

٢. ابن قدامة ، الشرح الكبير، (٥٣٨/٢٨).

3. ابن قدامة ، المغني، (٧/ ٣٠٣). السيوطي ، الأشباه والنظائر، ، (٧٥٩- ٧٦٥).

4. الفيومي ، المصباح المنير، (٥٥). الجرجاني ، التعريفات، (٨٩).

5. الخادمي نور الدين، المصلحة المرسلة، (دار السنابل للثقافة والعلوم، تونس الطبعة الأولى ١٤١٠هـ)، (٢٠).

المبحث الثاني

شـرط المصلحة في القـوانين الوضـعية

يرى شراح القوانين الوضعية أن أهم شرط لقبول الـدعاوى هـو شـرط المصلحة، فيجب أن تكون للمدعي مصلحة في مباشرة الدعوى، ولذا قيل: لا توجد دعوى، حيث لا توجد مصلحة، كما قيل: بأن المصلحة هي مناط الدعوى.[١]

والمصلحة في هذا المعنى، هي المنفعة التي يجنيها المدعي من التجائه إلى القضاء. فالأصل أن الشخص إذا اعتدي على حقه، تحققت له مصلحة في الالتجاء إلى القضاء. وهو أيضاً يبتغي من هذا الالتجاء منفعة، فالمصلحة هي الباعث على رفع الدعوى، وهي من ناحية أخرى الغاية المقصودة منه.

وهذا الشرط مسلم به لقبول الدعوى في مصر، وإن لم يرد به نص إلا في القانون المصري الجديد. فالمصلحة ليست شرطاً لقبول الدعوى فحسب، بل هـي شرط لقبول أي طلب، أو دفع، أو طعن في حكم.[٢]

ومن أمثلة الدعاوى غير المقبولة لانعدام المصلحة، دعوى دائـن مـرتهن ببطلان إجراءات التوزيع، إذا كان من الثابت أن ديون الدائنين السابقين عليه فـي المرتبة، تستغرق كل حصيلة التنفيذ التي ينصب عليها التوزيع.

قضت محكمة النقض المصرية، بعدم قبول دعوى وارث في بطلان إقرار صادر من مورثه، بملكية الغير لمال، إذا كان الوارث لا يدعي أن هذا المال ملك له.[٣]

ومن الواضح أن شرط المصلحة إنما هو معتبر في المدعي بداهة، ذلك أنه من يحرك الدعوى، وينشئوها، وأما المدعى عليه، فلا مصلحة له في ذلك، لكـن تظهر المصلحة كشرط في المدعي، والمدعى عليه فيما يثار فـي الـدعوى مـن

---

١. الأنطاكي ، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية ، (١٥٤).

٢. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٠).

٣. سيف، رمزي، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، (جامعة الكويت، الكويت١٩٧٤م)، (١٤٤).

دفوع، وطلبات واستئناف، وتظهر مصلحة المدعى عليه في دفوعه، أياً كان نوعها في تفادي الحكم عليه بطلبات المدعي؛ كلها، أو بعضها.[1]

ولذا يذهب جانب من الفقه القانوني إلى أن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، فالأهلية عندهم شرط لمباشرة الدعوى، لا لقبولها، والصفة في رافع الدعوى، ما هي إلا وجه من وجوه المصلحة، بينما يذهب جانب آخر من الفقهاء إلى أن شروط الدعوى هي المصلحة، والصفة، وهناك من يضيف إليها الأهلية.[2]

وقل في العمل كما يذكر بعض الشراح أن يحكم بعدم بقبول الدعوى لانعدام المصلحة، لأن الغالب أن يكون لرافع الدعوى مصلحة، وإنما يكون عدم قبول الدعوى لعدم استيفاء المصلحة للخصائص الواجب توافرها، لتبرير قبول الدعوى[3]

إذاً فما هي هذه الخصائص التي تتكون منها المصلحة، وتؤثر في قبول الدعوى؛ وجوداً، وعدماً.

خصائص المصلحة

أولاً: المصلحة القانونية: ويقصد بها أن تكون المصلحة مستندة إلى حق، أو مركز قانوني، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية هذا الحق، أو المركز القانوني، بتقريره إذا نوزع فيه، أو دفع العدوان عليه، أو تعويض ما لحق به من ضرر بسبب ذلك.[4]

والمصلحة التي يعتد بها هي المصلحة القانونية، ويستوي أن تكون المصلحة مادية، أو أدبية، جدية، أو تافهة.

فمثال المصلحة الأدبية، أن يقع حادث لطفل، فيطالب والده بتعويض الضرر الأدبي الذي لحقه بسبب وفاة ولده.

ومثال المصلحة التافهة، أن يبني جار في أرض جاره، فللأخير أن يطلب إزالة البناء، مهما كانت المساحة المعتدى عليها ضئيلة.[5]

---

١. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٤٥).

٢. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦١٧-٦١٨)

٣. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٤٦).

٤. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٤٦). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٢).

٥. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٢).

وأما المصلحة غير القانونية فهي التي لا تستند إلى حق، أو مركز قانوني، فلا يعتد بها، ولا تكفي لقبول الدعوى، كما إذا كانت مخالفة للنظام العام، والآداب، أو كانت اقتصادية بحتة.

ومثال المصلحة المخالفة للنظام العام، والآداب، أن يطلب شخص تنفيذ عقد تم بينه، وبين خليلته، مضمونة استمرار العلاقة بينهما.

ومثال المصلحة الإقتصادية، أن يطلب تاجر بطلان شركة تنافسه في تجارته، دون أن يكون شريكاً في هذه الشركة.[1]

وتكون الدعوى غير مقبولة؛ إذا لم يكن من ورائها جر مغنم؛ بل جلب مغرم للخصم الآخر، فهذه المصلحة بالرغم من توافرها، باعتبار أن للشخص مصلحة في النكاية بخصمه، وإلحاق الضرر به، لا تكفي أساساً لقبول الدعوى، لعدم مشروعيتها.

ومن صور المصلحة غير المشروعة:

الصورة الأولى: إذا لم يقصد بها سوى الإضرار بغيره.

الصورة الثانية: إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب غيره من ضرر بسببها.

الصورة الثالثة: إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة، وعلى ذلك، فأي دعوى تستند إلى مصلحة من هذا القبيل تكون غير مقبولة، لأنها غير مشروعة.

الصورة الرابعة: كذلك تكون غير مقبولة إذا كانت الدعوى تستند إلى تحقيق مصلحة نظرية صرفة، وقد جرى قضاء النقض المصري على عدم قبول الطعن المقدم إليه، إذا كان لا يبتغى من ورائه إلا تحقيق مصلحة نظرية صرفة، كما إذا دفع لدى محكمة الاستئناف بعدم جواز نظر الدعوى، لسبق الفصل فيها بالنسبة لقطعة من الأرض، وأخطأت المحكمة في قبولها هذا الدفع، فإن الطعن في الحكم لخطئه في قبول الدفع لا يجدي الطاعن، إذا كان مآل دعواه حتماً هو

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٢-١١٣). الأنطاكي، أصول المحكمات، (١٥٥- ١٥٨).

رفضها موضوعاً، وتأييد الحكم المستأنف، لأن مصلحته في الطعن عندئذٍ تكـون نظرية لا يؤبه بها.[1]

ثانياً: المصلحة القائمة والحالة: ويقصد بها أن يكون حق رافع الدعوى قد اعتدى عليه بالفعل، أو حصلت له منازعة فيه، فيتحقق الضرر الذي يبرر الالتجاء إلى القضاء. كأن يمتنع مدين عن الوفاء بالتزامه، بالرغم من حلول أجل الـدين، فيحرم الدائن من الانتفاع بمزايا حقه. ولذلك تقبل الدعوى بحق حل أجله، أما قبل حلول الأجل فلا تقبل، لأن المصلحة فيها ليست قائمة، ولو كـان الـدائن يتوقـع امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه عند حلول الأجل.[2]

في مصر السائد أن حلول الأجل بعد رفع الدعوى يستوجب قبولها، لأنـه من العبث الحكم بعدم قبول دعوى، يمكن إعادة رفعها مقبولة في نفس اليوم الذي يحكم فيه بعدم قبولها.[3]

ومقتضى ذلك أن المصلحة المحتملة لا تكفي لقبول الدعوى، ويقصد بهـا الحالة التي لا يكون فيها الإعتداء على حق رافع الدعوى، أو على مركزه القانوني قد وقع بالفعل، وإنما كان محتمل الوقوع، أو متوقعاً.

وهذا المقتضى هو ما جرى عليه الفقه والقضاء القانوني كقاعدة عامة، إلا أنه ورد عليه بعض الاستثناءات، يمكن نظمها حسب المعيار القانوني في طائفتين:

الطائفة الأولى: يكون الغرض منها الاحتياط لدفع ضرر محدق.

الطائفة الثانية: يكون الغرض منها الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عنـد النزاع فيه.

فمثال الطائفة الأولى، لو شرع شخص في حفر أساس، لإقامة بناء، بطريقة يحتمل معها أن يختل البناء المجاور، فلمالك هذا البناء قبل حدوث الضرر فعلاً أن يرفع دعوى، يطالب فيها بإتباع طريقة أخرى لحفر الأساس، أو بالكف عن الحفر بتلك الطريقة، قبل تقديم كفالة مناسبة، ولا يجوز الدفع بعدم قبول مثل هذه الدعوى

---

١. العشماوي ، قواعد المرافعات ، (٥٧٣- ٥٧٥).

٢. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٤٧). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٦- ١١٧).

٣. مسلم، أصول المرافعات، (٣٢٤).

بحجة أن ضرراً لم يقع بعد، وقد لا يقع أبداً، فالمصلحة احتمالية، فحسب ذلك أننا في الواقع بصدد الاحتياط لدفع ضرر محدق.[1]

ومثال الطائفة الثانية، ومعظمها يتعلق بالقضايا المستعجلة، فيحق مثلاً مراجعة قاضي الأمور المستعجلة، لتهيئة وسائل الإثبات، إذا كان يخشى عليه من الزوال، أو لطلب وصف الحالة الراهنة.[2]

وتتضمن كل طائفةٍ مما سبق عدداً من الدعاوى كانت محل نظر.[3]

ثالثاً: من خصائص المصلحة: كونها شخصية ومباشرة، ويقصد بذلك أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق، أو المركز القانوني محل النزاع، أو نائبه، بحيث يكون الغرض من الدعوى حماية حق، أو مركز قانوني لرافع الدعوى، أو من ينوب عنه رافع الدعوى، إن كان نائباً عن غيره.

فلا تقبل الدعوى من غير صاحب الحق، أو المركز القانوني المعتدى عليه، مهما كان لذلك الغير من مصلحة في حماية حق غيره.[4]

ويرى بعض الشراح أن اصطلاح المصلحة الشخصية المباشرة متعارف عليه في فقه القانون الإداري، أما في فقه المرافعات، فيغلب اعتبار هذا الوصف من أوصاف المصلحة، شرطاً قائماً بذاته من شروط قبول الدعوى، مستقلاً عن شرط المصلحة، يعبرون عنه بشرط الصفة.[5]

ويذهب بعض فقهاء القانون إلى رفض اعتبار الصفة وصف من أوصاف المصلحة ـ أي المصلحة الشخصية المباشرة ـ ويقررون أن الصفة يقصد بها أن تكون الدعوى شخصية؛ أي أنها تعبر عن الجانب الشخصي للحق في الدعوى.

---

١. مسلم، أصول المرافعات، (٣٢٠).

٢. الأنطاكي، أصول المحاكمات، (١٦١).

٣. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٤٩). إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٣٠). العشماوي، قواعد المرافعات، (٥٧٧). مسلم، أصول المرافعات، (٣٢٨).

٤. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٣). إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٤٩).

٥. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٠). سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٥٥).

وهذا الرأي يقرر أن شرط المصلحة الشخصية المباشرة هو بذاته شرط الصفة، بمعنى أن الصفة المطلوبة للتقاضي، ليست إلا المصلحة الشخصية المباشرة. لكنه انتقد، وقيل في ذلك: بأنه يجب التمييز بين فرضين:

الفرض الأول: أن يكون رافع الدعوى هو صاحب الحق نفسه، وهنا تختلط الصفة بالمصلحة الشخصية المباشرة.

الفرض الثاني: أن يكون رافع الدعوى شخصاً آخر غير صاحب الحق، لكنه يرفعها باعتباره نائباً عن صاحب الحق، أي أنه يدعي لغيره. وهنا تتميز صفته في تمثيل ذلك الغير الذي ترفع الدعوى باسمه، كأن يكون المدعي وصياً على قاصر، أو مديراً لشركة، أو نائباً عن شخص معنوي. فإذا ما ثبتت الصفة اعتبرت الدعوى مرفوعة من القاصر، والشخص المعنوي، لأنه هو المدعي الحقيقي فيها، وليس رافع الدعوى إلا نائباً عنه، وممثلاً له، مما يجعلنا ننتقل حينئذ إلى بحث ما إذا كان الشخص الذي رفعت الدعوى باسمه، ولحسابه صاحب مصلحة شخصية، ومباشرة، أو أنه ليس كذلك.[1]

والذي أميل إليه، أنه لا يمكن أن يلغى شرط الصفة، على اعتبار أن الصفة ما هي إلا مظهر من مظاهر المصلحة، ويطلق عليها المصلحة الشخصية المباشرة، لأن الكلام في الدعوى مفروض مع وجود مدعي، ومدعى عليه، ومدعى به، وكلامهم عن المصلحة الشخصية إنما يتناول المدعي فقط. وقد صرح بعض الشراح أن شرط الصفة في المدعي يسمى شرط المصلحة الشخصية.[2]

ولا يسعني القول بأن المصلحة الشخصية هي شاملة للمدعي، والمدعى عليه على خلفية أن هناك من ذهب إلى القول بأن المصلحة هي الشرط الوحيد للدعوى.[3] لأن المدعى عليه في حقيقة الأمر، وواقعه طرف أصيل في

---

١. ابراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٤٩- ٦٥١). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٣).

٢. مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٠). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٣).

٣. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦١٧).

الدعوى لا تقوم بدونه، ومع ذلك فلا مصلحة له في الدعوى؛ بل غالب الـدعاوى هو الحكم على المدعى عليهم.

أضف إلى ذلك أن قاعدة المصلحة الشخصية المباشرة غير مطّردة، كمـا كانت غير شاملة، فقد أجازوا تأسيس الدعوى على مـصلحة ليـست شخـصية، ومباشرة على سبيل الإستثناء في عدد من الحالات:

الحالة الأولى: وهي دعاوى النقابات والجمعيات. وليس المقصود بها تلـك الدعاوى التي ترفعها النقابة، أو الجمعية مطالبة بحـق لهـا باعتبارهـا شخـصاً اعتبارياً له حقوقه الخاصة، أو بحق خاص لعضو من أعضائها، وإنما المقـصود هو تلك الدعاوى التي ترفعها النقابة، أو الجمعية لحمايتها، فالمصلحة هنا ليـست شخصية؛ بل هي مصلحة جماعية يراد بها مجموع المصالح الفرديـة لأعـضاء النقابة، أو الجمعية، وكذلك المصالح المشتركة التي تعلو على المـصالح الذاتيـة الشخصية لهؤلاء الأعضاء.[1]

ويرى بعض الشراح أنه من العسير القول بوجود مـصلحة جماعيـة، أو مصلحة مشتركة للمهنة، متميزة على المـصالح الفرديـة لأعـضاء النقابـة، أو الجمعية.[2]

أضف إلى ذلك أن هناك من ذهب إلى القول بأنه يسهل وصف المـصلحة في الدعوى النقابية، والجمعية بأنها شخصية بشيء من التوسع في فهـم مـدلول اللفظ، وجعله يتسع للمصلحة الطائفية، أو الجماعية، لكن لا يـسهل القـول بـأن المصلحة هنا شخصية، ومباشرة، لأن الاعتداء لم يقع على الشخص الاعتبـاري، أو على حقوقه الخاصة.[3]

الحالة الثانية: دعاوى الحسبة، وهي الدعاوى التي يجوز لأي شخص رفعها لكفالة احترام القانون، بشأن بعض العلاقات القانونية المهمة، ولو لم يكن له شـأن في تلك العلاقات؛ بل ولو سكت عليها ذوو الشأن فيها.

---

١. مسلم، أصول المرافعات، (٣٣١- ٣٣٢). إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٢- ٦٥٤).

٢. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٥٦- ١٥٩).

٣. مسلم أصول المرافعات، (٣٣٢).

فالزواج الباطل مثلاً هو مخالف للقانون، ويجوز لأي شـخص أن يطلـب حسبة التفريق بين الزوجين احتراماً للقانون، حتى لو سكت، ورضـي الزوجـان بزواجهما الباطل. على أن القانون المصري قد قيد دعوى الحسبة في هذه الحالة، بوجوب استئذان القضاء مقدماً قبل رفع دعوى التفريق، خـشية اسـتعمالها كيـداً للزوجين، أو لأحدهما.[1]

الحالة الثالثة: دعاوى النيابة العامة. من التقنينات القضائية ما يسمح بقبول بعض الدعاوى من الكافة بالنظر لأهمية المصالح التي تحميها، وكما في دعـاوى الحسبة، لكن التوجهات الحديثة تمنح حق رفع هذه الدعاوى هيئة عامة هي النيابة، فيخولها حق رفع الدعوى دفاعاً عن النظام العام، أو المصلحة العامة.

ووضح أن المصلحة في هذه الدعاوى ليست شخصية للنيابة العامة. فهـي استثناء محقق من شرط المصلحة الشخصية لقبول الدعوى، ولكن لا يمكن القـول بأنها مرفوعة من غير ذي صفة كذلك، فالصفة هنا قد أضفاها عليها القانون.[2]

الحالة الرابعة: الدعويان المباشرة، وغير المباشرة. فقـد أجـاز القـانون المصري للدائن أن يستعمل حقوق مدينه. وإنما كان هذا لمصلحة الدائن لا مصلحة المدين، لأن الحقوق التي يستعملها الدائن هي من أموال المدين، واستعمال الـدائن لها إنما هو للمحافظة على ضمانه، العام ولذا اعتبرت مصلحة الـدائن فـي هـذا الصدد شخصية، ومباشرة، وهذا ما يعرف بأنه من قبيل الدعوى غير المباشرة.
وأيضاً فقد أجاز للدائن ـ في أحوال استثنائية خاصة نص عليها ـ أن يقيم دعاوى على مدين مدينه، بالرغم من أنه لا تربطه به أية علاقة، ودون أن يعمـل باسـم مدينه، وهذه الدعاوى تعرف بالدعاوى المباشرة، كدعوى المؤجر قبل المـستأجر من الباطن.[3]

وقد ذهب بعض الشراح إلى أن القول بأن شرط الصفة ليس سوى شرط أن تكون المصلحة شخصية، ومباشرة، هو من المغالاة غير المقبولة، فشرط الـصفة

---

١. مسلم، أصول المرافعات، (٣٣٠). إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٦).

٢. سيف، قانون المرافعات المدنية والتجارية، (١٥٩). مسلم ، أصول المرافعات، (٣٣١).

٣. إبراهيم، الوجيز في المرافعات، (٦٥٦). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (١١٥).

قد ينفصل عن شرط المصلحة الشخصية، وقد يندمج فيه كما سبق، وبعبارة أخرى: إذا كان لكل ذي مصلحة شخصية صفة في رفع الدعوى، فليس لكل ذي صفة مصلحة شخصية فيها.

بل نص بعضهم صراحة على أن شرط الصفة يغني عن شرط المصلحة الشخصية.[1]

ويمكنني القول بأن شرط الصفة أعم من شرط المصلحة الشخصية المباشرة، ولا يمكنني القول بإلغاء هذا العموم ودمجه في شرط هو أخص منه. وعليه فلا أرى زيادة فائدة، أو علم في إدراج هذا الشرط كشرط لازم الثبوت في المدعي، والمدعى عليه، ما دام أن هناك شرطاً مستقلاً هو أوسع منه، وهو ما يعرف بشرط الصفة، فإنه يفي بالغرض، ويحقق المطلوب في عدم مباشرة الدعوى إلا من ذي شأن فيها.

ويبقى محل اشتراط المصلحة في متعلقه، وهو المدعى به، وهو ركن مستقل خارج عن ماهية المدعي، والمدعى عليه.

---

١. انظر: مسلم، أصول المرافعات، (٣٣١) مع الهامش. والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، (٦٤) .

المبحـث الثالث

شـرط المصلحة في نظام المرافعـات الشـرعية

المصلحة هي كل ما فيه جلب منفعة، أو دفع ضـرر.[1] ولـذا فـإن كافـة الأنظمة القانونية الإجرائية تشترط لقبول الدعوى، أو لسماعها أمام القـضاء، أن يكون لصاحبها فائدة، أو منفعة، أياً كانت طبيعتها، أو نوعها، تعـود عليـه مـن الالتجاء إلى القضاء.[2]

ولم يكن نظام المرافعات الشرعية بعيداً عن تقرير هذا الأمر، واعتبـاره. فقد نص في مادته الرابعة على أنه: "لا يقبل أي طلب، أو دفـع لا تكـون فيـه مصلحة قائمة"، مشروعة ـ وأكد في ذات المادة على أنـه ـ "تكفـي المـصلحة المحتملة، إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضررٍ محدقٍ، أو الاسـتيثاق لحقٍ يخشى زوال دليله عند النزاع فيه" ـ كما وأنه نبه على ما يتعلق بالـدعوى الصورية أو الكيدية فقال: ـ "وإذا ظهر للقاضي أن الدعوى صورية، كان عليـه رفضها، وله الحكم على المدعي بنكال".[3]

وواضح التشابه الكبير في هذه المادة من النظام، مع نظيرتها المادة الثالثـة من قانون الرافعات المصري، والتي سبق الكلام عنها في المبحث السابق.

وقد بينت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية؛ معنى المصلحة التي تقدم ذكرها، كما أنها بينت أن القاضي يرد كل طلب لا مصلحة فيه؛ سواء أكـان الطلب أصلياً، أم عارضاً.

والضرر المحدق يمكن تصوره من خلال معرفة، أن الإعتداء على الحق لم يقع، غير أن هناك قرائن معتبرة تدل على قرب وقوعه.[4]

وقد بينت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية: "أنـه يقبـل الطلـب بالإستيثاق لحقٍ يخشى زوال دليله، من غير حضور الخصم الآخر، إذا كان يتعذر

---

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (م/٤ /١) .

٢. وانظر : المليجي ، ملامح النظام القضائي ، (١٢ ٩) .

3. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٤) .

٤. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (م/ ١/٤- ٣/٤) .

حضوره". ومن ذلك: طلب المعاينة لإثبات الحالة كما في نـص المـادة (١١٦) التي أجازت لكل صاحب مصلحة في إثبات معالم واقعة، محتمل أن تصبح محـل نزاع أمام القضاء مستقبلاً، أن يتقدم للمحكمة المختـصة بهـا محليـاً، بـدعوى مستعجلة، لمعاينتها بحضور ذوي الشأن، وإثبات حالتها، وتـتم المعاينـة حـسب القواعد المنظمة لها في ذات النظام.[١]

وإذا ثبت لناظر القضية أن دعوى المدعي كيدية، والدعوى الكيدية صورة من صور انتفاء المصلحة، فإنه يحكم برد الدعوى، وله أيـضاً الحكـم بتعزيـر المدعي بما يردعه.[٢]

وما سبق الكلام عليه هو فيما يتعلق بالمصلحة الخاصـة، أو مـا يـسمى بالمصلحة الشخصية، والحق أن النظام لم يقتصر على بيان ما يتعلق بذلك الأمر، وإنما تطرق أيضاً للمصلحة العامة، كما في المادة الخامسة، حيث نص على قبول الدعوى من ثلاثة على الأقل من المواطنين، في كل ما فيه مصلحة عامة، إذا لـم يكن في البلد جهة رسمية مسئولة عن تلك المصلحة. والمصلحة العامة هـي مـا يتعلق بمنفعة البلد.[٣]

والحق أنني لم أحظ بنص يؤيد القول بتوجه النظام إلى القـول بإشـتراط المصلحة الشخصية المباشرة في المدعي، كما يذهب إلـى ذلـك بعـض شـراح القوانين الوضعية. بل الظاهر عندي أنه يعتبر الصفة في أطراف الدعوى كما تقدم الحديث عن ذلك في فصل شرط الصفة، فكأنه اكتفى بذلك، فـلا معنـى لتكـرار الإعتبار هنا. مع العلم أن المصلحة، أو المنفعة في فقه الشريعة الإسـلامية التـي تقدم الحديث عنها، هي معتبرة في ركن المدعى به، وهذا الفقه هو المعتمد العمـل به، وتطبيق أحكامه كما صرح النظام به في مادته الأولى.

---

١. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ١١٦) . اللائحة التنفيذية لنظـام المرافعـات الـشرعية ، (م/ ٤/٤). وانظـر: عبدالتواب، المرجع، (٣١ـ٣٣).

٢. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٥/٤- ٨/٤). وانظر: عبدالتواب، المرجع، (٣١ـ٣٣).

٣. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٥) . اللائحة التنفيذيـة لنظـام المرافعـات الـشرعية ، (م/ ١/٥). وانظـر: عبدالتواب، المرجع، (٤٢ـ٤٣).

لذا فالذي يظهر لي أن الوصف الخاص المتعلق بالمصلحة وهـو كونهـا شخصية مباشرة في نظام المرافعات الشرعية، غير معتبر لاعتبارات عديدة منها:

أولاً: أنه لم ينص على هذا الوصف بخصوصه، سواء كـان مـستقلاً، أو ضمن أوصاف المصلحة التي نص عليها النظام في مادته الرابعة، حيـث اعتبـر المصلحة القائمة، والمصلحة المشروعة، والمصلحة المحتملة، بل أعطى لنـاظر القضية الحكم بجزاء إذا انتفت المصلحة من الدعوى، كما في الدعوى الـصورية، أو الكيدية.

ثانياً: أن الغاية المنشودة من وراء هذا الوصف تتحقق من خـلال شـرط الصفة، والذي اعتبره النظام، ورتب على فقده أحكاماً تقدم الحديث عنهـا، فلـذا أغنت الصفة المعتبرة، عن هذا الوصف الذي لم يرد له ذكر، أو اعتبار.

ثالثاً: أن النظام نص صراحة بجواز الدفع بعدم قبـول الـدعوى لانعـدام الصفة، أو الأهلية، أو المصلحة، ولو كان يرى القول بوصف المصلحة الشخصية المباشرة، لما جمع بينهما في مادة واحدة، وهما بمعنى واحد عند القائلين بـذلك، والعطف دليل المغايرة، وهذا ما صرح به بعض شراح النظام.[1]

رابعاً: أن هذا الوصف في القوانين الوضعية لم يحظ بإتفاق عند شراحها، بل أورد عليه بعضهم بعض المآخذ على ما تقدم، واعتبروا أن شرط الصفة يحقق الغرض منه مع عدم ورود المآخذ السابقة عليه.[2]

---

١. وانظر: أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، أحكام الفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (١١٨).

٢. وانظر في هذا المبحث: اللحيدان، محمد عبدالله، شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعـات الـشرعية السعودي، بحث متطلب لدرجة الماجستير، (كلية الدراسات العليا بجامعـة نـايف العربيـة بالريـاض ١٤٢٥هـ ـ)، (١٤١ـ١٤٢).

المبحـث الرابع

الآثـار المترتـبة على شـرط المصلحة

يترتب على عدم توافر المصلحة في الدعوى عم قبولها، وعدم اعتبارهـا، وجواز الدفع بذلك، في أي مرحلة تكون فيها الدعوى، وتحكم به المحكمة من تلقاء نفسها، وربما ترتب علي المدعي فيها تأديب شرعي من قبل القاضي، كمـا فـي الدعاوى الصورية والكيدية.[1]

وهذا ما يقرره شراح القوانين الوضعية أيضاً، من أن عدم وجود المصلحة، أو توافرها في الدعوى يترتب عليه عدم قبولها. ولذا فقد أعطت القـوانين الحـق بالدفع بعدم قبول الدعوى، لعدم توافر شرط المصلحة، أو الحق في رفع الدعوى، وذلك باعتباره حقاً مستقلاً عن ذات الحق، الذي ترفع الدعوى بطلب تقريره، كعدم وجود الحق في الدعوى، أو سقوطه لسبق الصلح فيها، أو لانتفاء المدة المحـددة قانوناً لرفعها، ونحو ذلك.[2]

والحديث في المصلحة يطول؛ لكن ما يخص مقام البحث هـو المـصلحة الشخصية المباشرة المعتبرة، والتي هي بمعنى الصفة، ولأن الراجح كمـا تقـدم الاكتفاء بالصفة، كشرط متطلب في طرفي الدعوى، ويغنى عن اشتراط وصـف مضاف للمصلحة، هو كون المصلحة شخصية، ومباشرة لذا، فيمكن الاكتفاء بمـا سبق تقديمه في شرط الصفة من آثار، يمكن ترتيبها على المصلحة الشخصية، إذا أخذ بعين الاعتبار القول بأن المصلحة هي الشرط الوحيد لقبول الدعوى، وتحقـق الصفة هو أحد أوصاف تلك المصلحة.

---

١. انظر : القرافي ، الفروق ، (٤/ ٧٢) . منلا خسرو ، الددر الحكام في شرح غرر الأحكام ، ص (٢/ ٣٣٠). نظام المرافعات الشرعية، (م/٤، ٧٢). أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، أحكام الفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (١٢٥).

٢. الصاوي ، الوسيط ، (٢٦٧،٢٦٦) .

المبحـث الخامس

أوجـه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقـوانين الوضـعية ونظـام المرافعـات الشـرعية

المصلحة هي أصل الدعوى، وهي المحرك لها، ولذا لا عجـب إذا كـان هناك من يذهب من شراح القوانين الوضعية إلى عدم اعتبار أي شرط آخر غيـر المصلحة، شرطاً في الدعوى، ويقصرها على هذا الشرط؛ بل ويرد أي شرط آخر إلى هذا الشرط.

واعتبار المصلحة كشرط في الدعوى، هو محل اتفاق عند فقهاء الـشريعة الإسلامية، وشراح القوانين الوضعية، وإن حظيت بالنص، وزيادة فـي التفـصيل عند شراح القوانين الوضعية؛ لكنها في ذات الوقت لم تكن شرطاً مهملاً عند فقهاء الشريعة الإسلامية؛ بل أشاروا إليها في أكثر من مناسبة، ولأنهم قد اعتبروه مـن البداهة بمكان، حيث لم يختلف عليه أحد، ولا يتصور مخالفته.

وقد تبين فيما تقدم اتجاه بعض شراح القوانين إلى اعتبار المصلحة شـرطاً في المدعي، بأن تكون له مصلحة مباشرة، وشخصية؛ لكن هذا الرأي لـم يحـظ بالقبول العام لديهم، لأنه تكرار لشرط الصفة، والاكتفاء بشرط الصفة أسلم، مـن المآخذ التي أخذت على هذا الوصف، الذي اعتبره البعض أحد الأوصاف المكونة للمصلحة.

وأما الرأي عند فقهاء الشريعة الإسلامية، فإنهم يعتبرون شرط المـصلحة شرطاً مستقلاً، متعلقاً بالمدعى به، وهو ركن علـى اسـتقلال، يقابـل المـدعي، والمدعى عليه، واكتفوا باشتراط الصفة في المدعي، والمدعى عليـه، وهـو مـا يخولهما صلاحية التقاضي في موضوع الدعوى.

وهو نظر جيد يتلافى ما يؤخذ على حصر حق التقاضي فـي المـصلحة الشخصية المباشرة، ويحقق المطلوب في قصر التقاضي في الدعوى بذوي الشأن فيها فقط.

الفصل الخامس

شـرط حضـور المتداعـيين في الدعـوى

ويتضمن خمسة مباحث :

المبحث الأول : شـرط حضور المتداعيين في فقه الشريعة الإسـلامية.

المبحث الثاني : شـرط حضـور المتداعيين في القـوانين الوضـعية.

المبحث الثالث : شرط حضور المتداعيين في نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الرابع : الآثـار المـترتـبة على شـرط الحـضـور.

المبحث الخامس : أوجـه المقـارنة بـين فقـه الـشريعة الإسـلامية والقـوانين الوضـعية ونظام المرافعـات الشـرعية.

المبحث الأول

شرط حضور المتداعيين في فقه الشريعة الإسلامية

نص بعض الفقهاء صراحةً على أن من شروط صحة الدعوى أن يحـضر المدعي مجلس الحكم[1]، وهو اشتراط طبيعي؛ لأن المدعي إذا لم يحضر لـدعواه، ويدعي بها، يعد تاركا لها، وراغبا عنها؛ كما تقدم في حد المدعي، ولم أقف على نص بخلاف ذلك.

وأما المدعى عليه، فقد ذهب بعض الفقهاء إلى اشتراط حـضوره مجلـس الحكم، ورتبوا عليه عدم صحة القضاء على الغائب، وهو ترتيب طبيعي، يرجـع لمعنى الشرطية؛ لكن لم يرتض هذا القول طوائف أخرى من الفقهاء.

فقد ذهب عامة الفقهاء؛ إلى أن الحاضر في البلد، أو القريب منـه، إذا لـم يمتنع من الحضور، لم يحكم عليه قبل حضوره في قول عامتهم. وأمـا أصـحاب الشافعي فلهم وجه؛ هو أنه يقضى عليه؛ لأنه غائب أشبه البعيد.

واحتج الجمهور بأنه أمكن سؤاله، فلم يجز الحكم عليـه قبلـه، كحاضـر المجلس، ويفارق البعيد، فإنه لا يمكن سؤاله.[2]

أما سماع البينة على الحاضر في البلد إذا امتنع من الحضور، فقال الشافعي وأحمد في رواية عنه: تسمع البينة، ويحكم بها القاضي. وقال الجمهور: لا تـسمع حتى يحضر، فإن أبى وتوارى، فقال المالكية: تسمع البينة ، وقال الحنابلة: يبعـث إلى صاحب الشرطة ليحضره، فإن تكرر منه الإستتار، أقعد على بابه من يضيق عليه في دخوله، وخروجه، حتى يحضر.[3]

وألحق به المالكية من كان ذا سلطان، فقالوا: يقضى عليه.[4]

---

١. البشتاوي، جواهر الروايات، (٣٨).

٢. الطرابلسي، معين الحكام، (٥٩-٦١). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٥/١). ابن القاص، أدب القاضي،(٣٦٣/٢) الهيثمي، تحفة المحتاج، (١٦٣/١٠). ابن قدامة، المغني، (٢٨٦/٧). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥٢٤/٢٨).

٣. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٥/١). الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، أدب القاضي، تحقيـق: الـسرحان، محيي هلال، (رئاسة ديوان الأوقاف بالجمهورية العراقية، الطبعة الأولى١٣٩٢هـ)، (٣٠٥/٢).ابـن قدامـة، الـشرح الكبير، والمرداوي، الانصاف، (٥١٥/٢٨، ٥٢٥).

٤. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٥/١).

قال الوزير ابن هبيرة (رحمه الله): وقد اتفق الفقهاء على سماع دعوى الحاضر، وبينته على الغائب عن البلد، ولكنهم اختلفوا في الحكم بها.[1]

فذهب أبو حنيفة، ورواية عن أحمد؛ إلى أنه لا يحكم له بها عليه، ولا على من هرب قبل الحكم، وبعد إقامة البينة، واستثنى الحنفية ما إذا تعلق الحكم على الغائب بالحكم على الحاضر، كأن يكون الحاضر وكيل، أو وصي شريك في شيء بينهما، ففي هذه الحال يحكم على الحاضر والغائب.[2]

وذهب مالك، والشافعي، وأحمد في الرواية الأخرى، وابن حزم الظاهري؛ إلى جواز الحكم بالبينة على الغائب.[3]

والحنفية يجيزون الحكم على الغائب؛ إذا التمس ذلك المدعي، بكتاب حكمي يكتبه لقاضٍ آخر، فيسمع القاضي دعوى المدعي، وبينته، مع غياب المدعى عليه، لتعذر حضوره، فيسجل القاضي الدعوى في كتاب، يرسله لقاضٍ آخر، ليحكم بها، مادام قد وثّق هذه البينة، أو يحكم هو بها، ويرسلها، لينفذها القاضي الآخر؛ حفظاً لحق المدعي من الضياع.[4]

وأما المالكية فيشترطون في الحكم على الغائب وسماع الدعوى عليه أن يكون له بموضع الحكم مال، أو وكيل، أو حميل، لأن القاضي لم يول على جميع الناس؛ بل على بلد خاص.[5]

والفقهاء متفقون على أن القضاء على الغائب، إنما هو في حقوق الآدميين، ولا تدخل حقوق الله، وحدوده، فلا يقضي بها عليه، لأن مبناها على المساهلة، والإسقاط، فإن قامت بينة على غائبٍ، بسرقة مال، حكم بالمال دون القطع.[6]

وقد استدل كل فريق على ما ذهب إليه في مسألة القضاء على الغائب بأدلة

---

١. ابن هبيرة، الإفصاح، (٢/٣٥١-٣٥٢).

٢. السرخسي، المبسوط، (١٧/٣٩). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٢٨/٥٢٤).

٣. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١/١١٥-١١٦). الهيتمي، تحفة المحتاج، (١٠/١٦٣). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٢٨/٥٢٤). شرح الزركشي، (٦/٤٨٤-٤٨٧). ابن حزم، المحلى، (٨/٤٣٤). الزحيلي، الفقه الإسلامي، (٦/٥١١-٥١٢).

٤. الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/٢٢٢). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١/ ١١٦، ١٥٦).

٥. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١/١١٥-١١٦).

٦. ابن قدامة ، الشرح الكبير ، (٢٨/ ٥٢٤). الدغمي ، دعوى التناقض والدفع ، (٥٠).

فأدلة القول الأول (الحنفية ورواية عند الحنابلة)

حيث استدلوا بأدلة من الكتاب والسنة والأثر والمعنى المعقول والعرف

فمن الكتاب:

أولاً: استدلوا بقوله تعالى: { وإِذَا دعوآ إِلَى اللهِ ورسولِهِ لِـيحكُم بيـنَهم إِذَا فَرِيقٌ منْهم معرضون }.[1]

ووجه الإستدلال من الآية الكريمة على ما يظهر؛ هو أن الآية دليل علـى وجوب الحضور، كما تقدمت الإشارة لهذا، فكيف نقول بوجوب الحضور عليه ـ وهو أمر متفق عليه ـ، مع تجويز الحكم، ونفاذه، مع الغيبة، وهو تنـاقض فيمـا يظهر، لا يمكن معارضته بصريح الآية.[2]

وهناك وجه آخر، وهو أن الآية جاءت بالذم لمن أعرض عـن الحـضور لمجلس الحكم، كما ورد في أسباب النزول[3]، إذا علم أن الحق ليس له، لئلا يؤخـذ منه، فإذا ما علم أن الحق له جاء مسرعاً، طالباً حقه، ولو كان الحق يلزمـه فـي الحالين، ما كان مذموماً، لأن الإعراض عن الحضور، لا يغير من واقـع الأمـر شيئاً.[4]

وقد نقل بعض الحنفية الإجماع؛ على أن القضاة يحضرون الخصوم، ولـو ساغ الحكم بالبينة، لم يكن للإحضار، وإلحاق الضرر بالخصم فـي قطعـه عـن أشغاله معنى.[5]

ثانياً: قوله تعالى: { يا داوود إِنا جعلْناك خَلِيفَةً فِـي الأَرضِ فَـاحكُم بـين النَاسِ بِالْحق ... الآية }[6] .

---

١. سورة النور، آية رقم (٤٨) .

٢. انظر: الماوردي، أدب القاضي، (٢ / ٣٠٩) .

٣. الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل آي القرآن، (دار الكتـب العلميـة، بيـروت، الطبعـة الأولى١٤١٢هـ)، (٩ / ٣٤٠).

4. انظر: الزمخشري، محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويـل، (دار الكتاب العربي، الطبعة الأولى)، (٣ / ٢٤٨) .

5. القدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر، التجريد، تحقيق: سراج، محمد أحمد، ومحمد، علـي جمعـه، (دار السلام، الطبعة الأولى)، (٦٥٥٧/١٢).

6. سورة ص ، آية رقم (٢٦) .

ووجه الإستدلال من الآية الكريمة؛ أن القاضي مأمور بـأن يقـضي بـين الخصمين بالحق، والحق اسم للكائن الثابت، ولا ثبوت مع احتمال العدم، واحتمال العدم ثابت بالبينة، لاحتمال الكذب، فلم يكن الحكم بالبينة، حكماً بالحق، ولا يظهر الثابت حال غيبة أحد الخصمين، فلو كان الحكم على الغائب جـائزاً، لـم يكـن الحضور عليه واجباً.[1]

ومن السنة:

أولاً: استدلوا بحديث علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) وقول الرسـول (ε) له: إذا تقاضى إليك رجلان، فلا تقضي للأول، حتى تـسمع كـلام الآخـر، فسوف تدري، كيف تقضي، قال علي: فما زلت قاضياً بعد.[2]

قالوا: أن رسول الله (ε) نهاه عن القضاء لأحد الخصمين، قبـل أن يـسمع كلام الآخر المدعى عليه، فكان القضاء لأحد الخصمين في حال غيبة الآخر، منهياً عنه بالنص. وعليه قالوا: بفساد الدعوى على الغائب، إلا في حـالات اسـتثنائية ضرورية؛ كما إذا توجهت الدعوى على الخصم، واستتر وهذا عند بعضهم.[3]

ثانياً: استدلوا بحديث ابن عباس (رضي الله عنه) أن الرسـول (ε) قـال: (البينة على المدعي، واليمين على من أنكر).[4]

قالوا: البينة اسم لما يحصل به البيان، وليس المراد في حق المدعي، لأنـه حاصل بالقول منه، ولا في حق القاضي، لأنه حاصل بقول المدعي إذا لم يكن له منازع، إنما الحاجة إلى البيان في حـق الخـصم الجاحـد، وذلـك لا يكـون إلا بحضوره.[5]

---

١. الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٦/ ٢٢٣). وانظر: الدغمي ، دعوى التناقض والدفع ، (٥٢).

٢. سبق تخريجه، (٢).

٣. السرخسي ، المبسوط ، (١٧/ ٣٩- ٤٠). الدغمي ، دعوى التناقض والدفع، (٥٠).

٤. سبق تخريجه، (٣٦).

٥. السرخسي ، المبسوط ، (١٧/ ٣٩- ٤٠).

ثالثاً: حديث أم سلمة (رضي الله عنها) أن رسـول الله (ε) قـال: (لعـل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من أخيه، فأقضي له على نحو ما أسمع...) متفـق عليه.[١]

ودلالة هذا الحديث واضحة في أنه إنما يقضي على من سمع منه، فكيـف يقضي على من لم يسمع منه !؟.[٢]

ومن الأثر:

أن عمر (τ) قال: إذا سمعت حجة الآخر بان لك القضاء.[٣]

ومن المعنى المعقول:

ولأنه قضاء لأحد الخصمين، فلم يجز؛ كما لو كان الآخر في البلد، ولأنـه يجوز أن يكون للغائب ما يبطل به بينة الحاضر.[٤]

ومن العرف الجاري:

ذكر البعض أنهم احتجوا بالعرف؛ حيث ادعوا أن العرف يمنع من الحكـم على الغائب.[٥] [٦]

أدلة الجمهور :

وقد استدل الجمهور بأدلة من الكتاب والسنة والأثر والمعنى المعقول

---

١. سبق تخريجه، (٣٩).

٢. ابن حزم ، المحلى بالآثار، (٨/ ٤٣٤- ٤٤٠).

٣. المصدر السابق، (٨/٤٣٤ـ ٤٤٠).

٤. ابن قدامة، الشرح الكبير، (٢٨/ ٥٢٤).

٥. كما في قول الشاعر:

حضـروا وغبنا عنهم فتحكمـ ـوا فينا وليس كغـائبٍ من يشـ ـهد

لو يجمـع الخصمين عندك مجلس يوماً لبان لك الطـريق الأقصـد

واحتج خصمي واحتججت بحجتي لفلجت في حججي وخاب الأبعد

والشاعر هو علي بن الجهم بن بدر بن الجهم بن مسعود بن أسيد بن أذينه ينتهي نسبه إلى قريش حبسه المتوكل بوشاية ولم يسمع منه جواباً، فقال هذه الأبيات في قصيدة مطلعها: (قالت: حبست فقلت: ليس بضائري ... حسبي وأي مهند لا يغمد). مات قرب حلب. انظر: الأصفهاني، أبو الفرج علي بن الحسين، الأغاني، تحقيق: عباس، احـسان، وآخـرون، (دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى١٤٢٣هـ)، (١٠/ ١٦٢- ١٨٦) .

٦. الماوردي، أدب القاضي، (٢ / ٣١١) .

فمن الكتاب:

أولاً: قال تعالى: { يَاأَيها الذِين ءآمنُوا كُونُوا قَوامِين بِالْقِسطِ شُهداء لِلّهِ }[1]

ثانياً: قوله تعالى: (وَأَقِيموا الْشهادةَ لِلهِ }[2].

وجه الإستدلال من الآيتين: أن اللفظ عام، ولم يخص الله تعالى حاضـراً، من غائب.[3]

ومن السنة:

أولاً: عن عائشة (رضي الله عنها) أن هند بنت عتبة[4] قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان[5] رجل شحيح، لا يعطيني، وولدي ما يكفينا، إلا ما أخذت من مالـه، وهو لا يعلم. قال رسول الله (ε): خذي ما يكفيك، وولدك بالمعروف. متفق عليه[6]

قالوا: إن رسول الله (ε) قضى على أبي سفيان، مع أنه كان غائباً، وهـذا حكم ملزم، فقد حكم لهند من غير بينةٍ، ولا إقرار، بعد أن صدقها، وعلم صـدقها واطّلع على حالها.[7]

ثانيـاً: أن رسول الله (ε) قد حكم على الغائب كما في حديث أنس في قصة العرنيين الذين قتلوا الرعاة، وهم غياب، فقضى بقتلهم حتى أدركـوا، واقـتص منهم.[8]

---

١. سورة النساء، أية رقم (١٣٥).

٢. سورة الطلاق، آية رقم (٢).

٣. ابن حزم ، المحلى بالآثار ، (٨/ ٤٣٤- ٤٤٠).

4 . هي الصحابية والدة معاوية بن أبي سفيان، هند بنت عتبة، أخبارها قبل الإسلام مشهورة، وشهدت أحـدا وفعلـت بحمزة ما فعلت، وأسلمت مع زوجها أبي سفيان عام الفتح، وقصتهما عند بيعة النساء مشهورة. انظـر: ابـن حجـر، الإصابة، (١٧٨٠).

5 . هو الصحابي ابوسفيان صخر بن حرب بن أمية بن عبدشمس بن عبدمناف القرشي، مشهور بكنيته، أسلم عام الفتح وشهد حنينا والطائف، وكان من المؤلفة، وقد روى عن النبي صلى الله عليه.انظر: ابن حجر، الإصابة، (٦٠٣).

٦. صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم ينفق الرجل، برقم (٥٣٦٤)، (١٠٦٢). صحيح مسلم، كتاب الأقـضية، باب قضية هند، برقم (١٧١٤)، (٩٤٢).

٧. ابن قدامة ، المغني ، (١٤/ ٩٤). الدغمي ، دعوى التناقض والدفع، (٥٠- ٥٣).

٨. صحيح البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، برقم (٦٨٩٩)، (١٣١٥). صحيح مسلم، كتاب القـسامة والمحـاربين والقصاص والديات، باب حكم المحاربين والمرتدين، برقم (١٦٧١)، (٩١٤).

ثالثاً: أنه (ε) قضى على أهل خيبر، وهم غياب، بـأن يقـيم الحـارثيون؛ أولياء عبد الله بن سهل[1] البينة، أو يحلف خمسون منهم على قاتله من أهل خيبـر، ويسلم إليهم، أو يؤدوا ديته. كما رواه سهل بن حثمة.[2]

ومن الأثر:

أنه قد صح عن عمر، وعثمان (ψ)، القضاء على الغائب، إذا صح الحـق قبله، ولا يصح عن أحدٍ من الصحابة خلاف ذلك أبداً.[3]

ومن المعنى المعقول:

أولاً: أن الحكم على الغائب لا يفوت به الحق، فإن حضر الغائب، وكانـت له حجة قائمةٌ مقبولةٌ، فإنها تسمع، ويعمل بمقتضاها، والحكم هنا بحكم الموقـوف على حضور الغائب.[4]

ثانياً: أن المدعي له بينة حاضرةٌ، فجاز الحكم بها، كما لو كـان الخـصم حاضراً، ولأن حق المدعي قد ثبت بالبينة، ولذا تسمع دعواه، ويحكم له. ويلحـق بالغائب هنا الممتنع عن الحضور.[5]

المناقشـة والترجيح :

ونوقش وجه الإستدلال بالآية الأولى عند الحنفية من وجهين:

أحدهما: أن الآية في الحاضر، لأن الدعاء يكون للحاضر دون الغائب.

ثانيهما: أن الله ذمه بالإعراض، وذمه أحق بوجوب الحكم عليه من إسقاطه عنه.[6]

---

1. هو الصحابي عبدالله بن سهل بن زيد الأنصاري الحارثي، روى ابن اسحاق أنه خرج مـع أصـحابه إلـى خيبـر يمتارون تمرا فوجد في عين قد كسرت عنقه ثم طرح فيها، وأصل الخبر في الصحيح .انظر: ابن حجـر، الإصـابة، (٧٨٦).

٢. صحيح البخاري، كتاب الديات، باب القسامة، برقم (٦٨٩٨)، (١٣١٥). صحيح مسلم، كتب القـسامة والمحـاربين والديات، باب القسامة، برقم (١٦٦٩)، (٩١١).

٣. ابن حزم، المحلى بالآثار، (٤٣٤/٨-٤٤٠).

٤. ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥٢٤/٢٨). الدغمي، دعوى التناقض والدفع، (٥٢).

٥. ابن قدامة، المغني، (٩٤/١٤). الدغمي، دعوى التناقض والدفع، (٥٢).

6 . الماوردي، أدب القاضي، (٣١٧/٢) .

والذي يظهر لي أن هذا الجواب لا يخلو من مناقشة؛ فدعواهم أنها في الحاضر لا يسلم لهم، وإلا فكيف يجتمع النقيضان، بكونه حاضراً، معرضاً (أي صادراً غائباً)، بالإضافة لكون ما ورد في تفسير الآية وسبب نزولها لا يساعد على قولهم هذا.

وأما كون الذم أحق بالحكم، فدعوى يعوزها المستند، والإسقاط يكون للثابت، والأمر مازال في طور الدعوى، ولم يثبت عليه شيء حتى يقال بإسقاطه.

والذي يظهر أن الآية جاءت في مقام فضح أحوال المنافقين؛ من باب التقريع لهم والتحذير للمؤمنين، وليس فيها تعرض للحكم على الغائب، بدليل قوله تعالى بعدها: ﴿ إِنما كَان قَولَ الْمؤمِنِين والْمؤمِنَاتِ إِذَا دعوآ إِلَى اللهِ ورسولِهِ لِيحكُم بينَهم أَن يقُولُوا سمِعنَا وَأَطَعنَا وَأُولَئِك هم الْمفْلِحون ﴾[1].

ويمكن مناقشة وجه الإستدلال بالآية الثانية؛ بأن القضاء بالبينة حجةٌ عند الجميع، لضرورة الفصل في الخصومات، وقطع المنازعات، والحكم على الغائب من هذا الباب، وإلا اتخذ الغياب حجة لإبطال الحقوق.[2]

ونوقش استدلالهم بحديث علي (رضي الله عنه) بأن الحديث لا يصح من حيث الرواية، وطرقه كلها معلولة. ثم لو صح الخبر، لما كان لهم به متعلق أصلاً، لأنه ليس فيه ـ لا يقضى على غائب ـ؛ بل فيه: أن لا يقضي على حاضر بدعوى خصمه، دون سماع حجته، وهذا شيء لا نخالفهم فيه. ولا يجوز أن يقضى على حاضر، أو غائب بقول خصمه، ولكن بالذي أمر الله تعالى به، من البينة العدلة فقط.[3]

ويمكن مناقشة وجه استدلالهم بحديث ابن عباس؛ بأن البينة ليست البيان، وهي مطلوبة في حق المدعي، ولا يلزم المدعى عليه بينة، إلا إذا ادعى دعوى

---

1 . سورة النور ، آية رقم (٥١) .

2 . انظر: الكاساني ، بدائع الصنائع ، (٦ / ٢٢٣) .

3 . ابن حزم، المحلى، (٨ / ٤٣٦ – ٤٣٧) .

أثناء تلك الدعوى، أو قامت بينة لخصمه كي، يدحضها، وهو على حجته متى مـا حضر.[1]

وأما حديث أم سلمة؛ فيمكن الجواب عنه بأنه جاء في بيان أن ما يحكم بـه الحاكم، ليس بالضرورة أن يكون موافقاً للحقيقة، والواقـع، ومـرد ذلـك لعجـز المحكوم عليه عن البيان، وهو أمر متحقق في الغائب، لكن زواله رهن بحضوره إن كان محقاً.[2]

وأما أثر عمر فقد قالوا: إنه لا يصح عنه لأنه من طريق مجهولين، ولـو صح عن عمر، فليس فيه ـ لا يقضى على غائب بدعوى خصمه ـ، وهذا حق لا ننكره، والصحيح عن عمر، وعثمان (رضي الله عنهما) القضاء على الغائـب إذا صح الحق قبله، ولا يصح عن أحد من الصحابة خلاف ذلك.[3]

ونوقش قياسهم له على الحاضر، بأن سؤال الحاضر ممكن، وسؤال الغائب متعذر.[4]

وأما استدلالهم بالعرف؛ فيمكن الجواب عنه، بأنه قول في واقعة خاصـة، حيث حكم على القائل بالسجن، ولم يسمح له بأن يدلي بحجته، وهو ما لا يقول به الجمهور، بل الغائب على حجته متى حضر أدلى بها.

واعترض على استدلال الجمهور بحديث هند بأن أبا سفيان كان حاضـراً غير متوار، ولا متعزز، فإن الواقعة في فتح مكة لما حـضرت هنـد للمبايعـة، وذكر(ε) فيها أن لا يسرقن، فذكرت هند أنها تسرق من مال زوجها، فأرسل إلـى أبي سفيان، فتحلل لها منه.[5] قالوا: إنه لم يحلفها، ولم يقدر المحكوم به لها.[6]

---

1 . انظر : الماوردي ، أدب القاضي ، (٢ / ٣١٧) .

2 . ابن حزم ، المحلى ، (٨ / ٤٣٧ - ٤٣٨) .

٣ . المصدر السابق، (٨/٤٣٧ـ٤٣٨).

٤. الماوردي ، أدب القاضي ، (٢ / ٣١٩) .

٥. المستدرك للحاكم برقم (٣٨٠٥)، (٢/ ٥٢٨). وصححه ووافقه الذهبي، هامش المستدرك.

٦. الهيتمي ، تحفة المحتاج ، (١٠/ ١٦٣- ١٦٤).

والذي يظهر أن هذه الرواية شاذة لمخالفتها لما رواه الجماعة، وما صح في الصحيحين، ولذا رجح بعض الحفاظ أنه لم يشهدها.[1]

واعترض على وجه الدلالة في حديث هند؛ بأن أبا سفيان يجوز أن يكون حاضراً في البلد، ثم إنها لم تقم بينة بذلك. وأن الصواب في الحديث أنه ورد على سبيل الفتيا لها، لا الحكم.[2]

وقد أجيب عن ذلك؛ بأنه قضاء، وحكم عليه، لا إفتاء، لأنه قال: (خذي)، وإلا لقال: لكِ أن تأخذي مثلاً، أو يجوز أن تأخذي.[3]

واعترض بعض الحنفية بقوله: ولا حجة في حديث هند؛ لأن رسول الله (ε) كان عالماً بسبب استحقاق النفقة على أبي سفيان، وهو النكاح الظاهر، ألا ترى أنها لم تقم البينة.[4]

وأجاب الجمهور بقولهم: قد علم أنها زوجة أبي سفيان، فلم يحتج إلى بينة.[5]

الرأي المختار

لعل رأي الجمهور هو الأقرب ، وإن كان في رأي الحنفية احتياطاً أكثر.

تحقيق مذهب الحنفية :

لعل أهم ما يوضح ذلك ويجليه هو رأيهم فيمن حكم على غائب هل ينفذ قضاءه، أم لا. وقد اضطربت عباراتهم في ذلك، فحيث ينقل بعضهم الإجماع على نفاذ الحكم.[6] ينقل البعض الآخر في ذلك روايتان.[7]

ولعل أكثر ما يؤيد الإضطراب في هذا الشرط عند الحنفية، هو عدم الإضطراد فيما يتعلق به من مسائل، فقد رتبوا بعض الاستثناءات على هذا الشرط، فأجازوا فيها الحكم على الغائب.[8]

---

١. ابن حجر ، تلخيص الجبر، (٤/ ١٠٠).

٢. شرح الزركشي، (٧/ ٢٨٦- ٢٩١). الماوردي ، أدب القاضي ، (٣١٢/٢) .

٣. الهيثمي ، تحفة المحتاج ، (١٠/ ١٦٣).

٤. السرخسي ، المبسوط، (١٧/ ٣٩- ٤٠).

5 . الماوردي ، أدب القاضي ، (٢ / ٣١٣) .

٦. السمناني ، روضة القضاء ، (٢/ ٤٤٢- ٤٤٣).

٧. الطرابلسي ، معين الحكام ، (٥٩- ٦١).

٨. حيدر ، درر الحكام ، (٤/ ١٦٠) الماوردي ، أدب القاضي ، (٢ / ٣١٤) .

ولذلك ذهب بعض المعاصرين إلى أن هذا الشرط لا يدل على بطلان الدعوى، وإنما يدل على بطلان القضاء على المدعى عليه الغائب.[1]

وأكثر الحنفية على أنه لا يجوز نصب وكيل مسخر عن الغائب، ترفع في مواجهته الدعوى، لكن أجاز بعضهم ذلك.[2]

وقد ذهب المالكية، والشافعية، ورواية للحنابلة، إلى أنه لا يحكم على الغائب بعد قيام بينته، إلا بعد تحليف المدعي.

وذهب الحنابلة في الرواية الأخرى، وهي الأشهر، إلى أنه لا يشترط تحليف المدعي.[3]

وقد اختلف في مسافة الغيبة فقيل: مسيرة يوم. وقيل: فوق نصف يوم. والصحيح عند الحنابلة مسافة القصر.[4]

وعليه فالحضور لمجلس الحكم ليس شرطاً في الدعوى، يترتب عليه عدم قبولها، أو بطلانها، إذا لم يحضر الخصم، كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء، لكنه واجب بنص الشرع، والنظام، يجب مراعاته عند النظر في الدعوى.

---

١. ياسين ، نظرية الدعوى ، (٢٩٩- ٣٠٠) الدغمي ، دعوى التناقض والدفع، (٥٣).

٢. الطرابلسي، معين الحكام، (٦١). التمرتاشي، مسعفة الحكام، (٢/ ٤٤٣). الكاساني، بدائع الصنائع، (٦/ ٢٢٣).

٣. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٦/١). السيوطي، الأشباه والنظائر، (٧٦٩). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥٢٥/٢٨).

٤. المرداوي ، الإنصاف ، (٢٨/ ٥١٨).

المبحـــث الثـــاني

شـرط حضور المتداعيين في القـوانين الوضـعية

الأصل في القوانين الوضعية أن غياب المدعي، أو المدعى عليه في اليـوم المحدد لنظر الدعوى، لا يمنع نظرها، والحكم فيها.

والحضور معناه: أن يمثل الخصوم بأنفسهم، أو بمن يوكلونهم؛ من الوكلاء أمام القضاء.

بينما الغياب معناه: هو تخلف الخصم عن الحضور أمـام المحكمـة. مـع اختلاف القوانين الوضعية في تحديد معنى الغياب.[1] فعدم حضور المدعي عليه لا يترتب عليه بطلان الدعوى، ولا يعتبر المدعى عليه غائبـاً، إلا إذا تخلـف عـن الحضور في جميع الجلسات المحددة لنظر الدعوى، بشرط أن لا يكون قد أعلـن بصحيفة الدعوى لشخصه، إذ بهذا الإعلان يتحقق علمه اليقيني بها، وأن لا يكون قد قدم مذكرة بدفاعه، إذ بهذا يكون قد تحقق علمه بالدعوى.

وترتيباً على ذلك ينص قانون المرافعات المصري علـى أنـه إذا تبينـت المحكمة عند غياب المدعى عليه، بطلان إعلانه بالصحيفة، وجب عليهـا تأجيـل القضية إلى جلسة تالية، يعاد إعلانه لها إعلاناً صحيحاً، بوساطة خصمه، فإذا مـا تغيب عن الجلسة الأولى بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً، فإن نظر القضية يؤجل، ما لم تكن من الدعاوى المستعجلة، لأن تأجيلها قد يكون ضاراً بالمدعي. فإذا ما غـاب بعد علمه بقيام الدعوى تعين على المحكمة أن تحكم في الدعوى.[2]

والقانون يعتبر في حضور المدعى عليه إيداع مذكرة بدفاعه، في أي جلسة من جلسات المحاكمة، وكذا لو حضر في أي جلسة، تعتبر الخصومة فـي حقـه حضورية.[3]

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٤). كيرة، مصطفى، كامل.، قواعد المرافعات في النظـام الـسعودي، (معهد الإدارة العامة، الرياض١٣٩٦هـ)، (٣٤).

٢. الصاوي ، الوسيط ، (٥١٣).

٣. ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٤٢٣). الصاوي، الوسيط، (٥٠٩). عمر ، أصول المرافعـات المدنية والتجارية، (٧٩٩). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٩).

أما المدعي فلا يتصور أن يكون جاهلاً قيام الخصومة، ومن ثم لا محـل لتأجيل نظر الدعوى عند غيابه.[١]

ولو غاب المدعي وكان المدعى عليه حاضراً فإن المحكمـة تحكـم فـي الدعوى. ذلك أن المدعي قد رفع الدعوى يعلم بقيامها فلا حاجة لحمايته بتأجيلهـا لإعادة إعلانه.[٢]

أما لو غاب المدعي، والمدعى عليه، فإن القانون المصري ينص على أنـه إذا غابا، وكانت الدعوى صالحة، فإن المحكمة تحكم فيها، وإلا قررت شطبها[3].

وشطب الدعوى معناه: استبعادها من جدول القضايا، وعدم الفصل فيهـا، مع بقائها، وبقاء كافة الآثار القانونية المترتبة عليها.[٤]

ولا تكون الدعوى صالحة للحكم فيها، إلا إذا أبدى جميع الخصوم أقوالهم، وطلباتهم، ودفاعهم.[٥]

وقد تقدم أن القانون يجيز للمحكمة الحكم في الدعوى عند تخلف طرفيهـا عن الحضور، بشرط أن تكون صالحة للحكم فيها، وما ذلك إلا إمعاناً في معاقبـة المدعي.[٦]

وعلى ضوء ما تقدم لم أجد ما يساعد على القول باشتراط حضور الخـصم في الدعوى، كما ذهب إليه بعض فقهاء الشريعة، بل الواضح، والمنصوص جواز الحكم، ولو غاب الخصم، مع الأخذ بعين الإعتبار لأهمية حضوره، مـن خـلال النصوص القانونية المنظمة، لما يعتبر الحكم فيه غيابياً، وما يعتبـر فيـه الحكـم حضورياً.

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٤).

٢. الصاوي، الوسيط، (٥١٢).

٣. ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٦). ابو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٤١٥). عمـر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٧٩٩-٨١٠). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٩ـ١٣٦)

٤. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٦- ٥٣٧).

٥. المصدر السابق، (٥٣٦ـ٥٣٧).

٦. المصدر السابق، (٥٣٦ـ٥٣٧).

المبحـــث الثـــالث

شرط حضـور المتداعيين في نظام المرافعـات الشرعية

لم يعتبر نظام المرافعات الشرعية حضور الخصم شرطاً لصحة الـدعوى، بل جرى على ما جرى عليه قانون المرافعات المدنية والتجارية المـصري، فـي كيفية التعامل حال غياب الخصوم عن جلسة المحاكمة.

فقد نص النظام على أن "الدعوى تشطب إذا غاب المدعي عن أي جلـسة من جلسات المحاكمة، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة، وله بعـد ذلـك أن يطلـب استمرار النظر فيها حسب الأحوال، وفي هذه الحالة تحدد المحكمة جلسة لنظرها، وتبلغ بذلك المدعى عليه، فإذا ما غاب المدعي، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة، فإن الدعوى تشطب، ولا تسمع بعد ذلك إلا بقرار، يصدره مجلس القـضاء الأعلـى، بهيئته الدائمة".

"فإذا حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنها المدعي، فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى، والحكم في موضوعها، إذا كانت صالحة للحكم فيها، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم فيها، ويعد هذا الحكم غيابياً، في حق المدعي".[1]

أما "المدعى عليه إذا غاب عن الجلسة الأولى، فيؤجل النظر في القـضية إلى جلسة لاحقة، يبلغ بها المدعى عليه، فإن غاب عن هذه الجلسة، أو غاب عـن جلسة أخرى، دون عذر تقبله المحكمة، فإن المحكمة تحكم فـي القـضية، ويعـد حكمها في حق المدعى عليه غيابياً، ما لم يكن غيابه بعد قفل الباب المرافعة فـي القضية، فيعد الحكم حضورياً ".[2]

---

١. نظام المرافعات الشرعية، (م/٥٣- ٥٤). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (٢٣٨،٢٥٦). عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٧٩٩-٨١٠). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم فـي نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العـدل، العـدد (٢٦)، ربيـع الآخـر ١٤٢٦هـ ـ، (١٦١). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٩ـ١٣٦).

٢. نظام المرافعات الشرعية، (م/٥٥) . وانظر: كبيره قواعد المرافعات في النظام السعودي، (٣٤- ٤٠). وعبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (٢٥٧). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحـدهم فـي نظـامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٦٨).

وتذكر اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، أنه إذا تبلغ المدعى عليه لشخصه، أو وكيله الشرعي في القضية نفسها، بموعد الجلسة، أو أودع هـ و، أو وكيله، مذكرة بدفاعه للمحكمة، قبل الجلسة، فيعد الحكم في حقه حضورياً، سـواء أكان غيابه؛ قبل قفل باب المرافعة، أم بعده.

أما إذا كان التبليغ للمدعى عليه لغير شخصه، ولم يحضر، فيؤجل النظـر في القضية إلى جلسة لاحقة، ويعاد التبليغ، فإن غاب عن هذه الجلسة، أو جلـسة أخرى، دون عذر تقبله المحكمة، فإنها تحكم في القضية، ويعد الحكـم فـي حـق المدعى عليه غيابياً، ما لم يكن غيابه بعد قفل باب المرافعة، فيعد الحكم حضورياً[1]

وعلى ضوء ما تقدم، يظهر عدم اعتداد نظام المرافعات الشرعية بـشرطية حضور المدعى عليه جلسات المحاكمة، كما يذهب إلى ذلك بعض فقهاء الشريعة الإسلامية، بل اعتمد قول الجمهور في جواز القضاء على الخصم الغائـب عـن مجلس الحكم، وجرى في تنظيم سير محاكمة الغائب علـى مـا وضـعه قـانون المرافعات المدنية والتجارية المصري في الجملة.

---

١. اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٢،١/٥٥). وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظـام المرافعـات الشرعية، (٢٥٧ـ٢٥٨). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم فـي نظـامي المرافعـات الـشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٦٨). عمر ، أصول المرافعـات المدنيـة والتجارية، (٧٩٩- ٨١٠). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٩ـ١٣٦). أبو الوفـا، المرافعـات المدنيـة والتجارية، (٥٣٤).

المبحث الرابع

الآثـار المترتبـة على شـرط الحـضـور

قد مر فيما تقدم عند إيراد مذاهب فقهاء الـشريعة الإسـلامية، أن فقهـاء الحنفية يذهبون إلى اشتراط حضور المدعى عليه في الدعوى، وأنهم لا يجيـزون القضاء على الغائب، خلافاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء.[1]

وبما أن الراجح هو قول الجمهور، وأن الصحيح عندهم؛ هو صحة القضاء على الغائب، خلافاً لمن قال بعدم صحته لاعتباره الحضور شرطاً في قبول الدعوى أو في صحة القضاء على الغائب. والغائب عند الجمهور على حجته، متى ما حضر أدلى بها، وسمعها القاضي، ثم يحكم على وفق ما يثبت لديه.

وصحة القضاء على الغائب، وعدم اشتراط الحضور في صحة الـدعوى، والحكم، هو ما اعتمدته القوانين الوضعية، وسارت عليه في قواعدها، وموادها.

لكن من المتفق عليه عند الجميع؛ هو وجوب حضور المدعى عليه مجلس الحكم، عندما يطلب إليه القاضي ذلك، وإذا لم يحضر، هـو أو المـدعي، فإنـه سيترتب عليه الحكم في الدعوى، وإلزامه بما صدر بحقه من واجبـات، كتـسليم الحق الذي حكم به، وتأديته إلى المحكوم له.

ولذا إذا تبينت المحكمة عند غياب المدعى عليه، بطلان إعلانه بالصحيفة، وجب عليها تأجيل القضية إلى جلسة تالية، يعاد إعلانه لهـا إعلانـاً صـحيحاً، بوساطة خصمه، فإذا ما تغيب عن الجلسة الأولى بعد إعلانه إعلاناً صحيحاً، فإن نظر القضية يؤجل، ما لم تكن من الدعاوى المستعجلة، لأن تأجيلهـا قـد يكـون ضاراً بالمدعي.[2]

---

١ . ابن هبيرة ، الإفصاح ، (٢/ ٣٥١- ٣٥٢) . القدوري ، التجريد ، (١٢/ ٦٥٥٤) .

٢ . عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٧٩٩- ٨١٠) . نظام المرافعـات الـشرعية ، (م/٥٥). الزغيبـي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العـدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٧٢).

وأما غياب المدعي، فإن الدعوى تشطب إذا غاب المدعي عن أي جلسة من جلسات المحاكمة، ولم يتقدم بعذر تقبله المحكمة، والمدعي لا يتصور أن يكون جاهلاً قيام الخصومة، ومن ثم لا محل لتأجيل نظر الدعوى عند غيابه.[١]

فإذا ما حضر المدعى عليه في الجلسة التي غاب عنها المدعي، فله أن يطلب من المحكمة عدم شطب الدعوى، والحكم في موضوعها إذا كانت صالحة للحكم فيها، وفي هذه الحالة على المحكمة أن تحكم فيها، ويعد هذا الحكم غيابياً، في حق المدعي.[٢]

وأما إذا تغيب المدعي، والمدعى عليه كلاهما، فلم يحضرا في أية جلسة من الجلسات، أو إذا حضر المدعي وحده، ولم يبد أية طلبات، فإن القاضي يحكم هنا من تلقاء نفسه بشطب الدعوى، واستبعادها من جدول القضايا المعروضة.[٣]

و ينفرد القانون المصري بجزئية تتعلق بغياب طرفي الدعوى، وهو أنه يرى أنه لو غاب المدعي، والمدعى عليه، وكانت الدعوى صالحة، فإن المحكمة تحكم فيها، وإلا قررت شطبها[4].

---

١. نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٥٣). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٦٢). ابو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٤). الصاوي، الوسيط، (٥١٠). عمر أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٧٩٩- ٨١٠) .

٢. نظام المرافعات الشرعية ، (م/٥٣- ٥٤). عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (٢٥٦،٢٣٨). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٦٣). أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، (٥٤٠) .

٣ . نظام المرافعات الشرعية ، (م/ ٥٣). الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم في نظامي المرافعات الشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيع الآخر ١٤٢٦هـ، (١٧٥). أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية، (٥٣٦- ٥٣٧).

٤. عمر، أصول المرافعات المدنية والتجارية، (٧٩٩- ٨١٠). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٢٩-١٣٦).

المبحث الخامس

أوجـه المقـارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقـوانين الوضـعية ونظـام المرافعـات الشـرعية

حضور المدعى عليه أمر واجب، تقـرره الـشريعة الإسـلامية، تحقيقـاً للمصلحة، والعدل بين طرفي النزاع، وهو أمر أيضاً تقول به القوانين الوضـعية، والتنظيمات الحديثة.

لكن يذهب بعض فقهاء الشريعة الإسلامية إلى القول بأن حضور المـدعى عليه، فضلاً عن كونه واجباً، فهو عندهم شرط لانعقاد الدعوى، ومن ثـم الحكـم فيها، فلا يجوز عندهم الحكم على الغائب، اعتباراً مـنهم أن المـصلحة تقتـضي التريث، فربما كان مع الغائب ما ينقض حجة الحاضر، ويدفعها، وهو رأي مـن الوجاهة بمكان؛ لكن الجمهور على خلافه، ورأيهم أرجح، لـئلا تـضيع حقـوق الناس، وتتعطل مصالحهم، في انتظار حضور خصم ربما آثر التغيب، مـادام أن الحضور لن يكون في مصلحته.[1]

ويتفق شراح القوانين الوضعية، مع رأي جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية، في جواز الحكم على الخصم الغائب عن مجلس الحكم، وعدم اعتبـار الحـضور شرطاً لصحة الخصومة، والحكم فيها، لكنه في ذات الوقت ليس بقوة الحكم الـذي صدر في مواجهة الخصم المحكوم عليه، إذ الأحكام الغيابية يظل المحكوم عليـه فيها على حجته، مهما طالت مدة غيابه.[2]

إلا أن القوانين الوضعية تزيد على مسألة جواز الـدعوى علـى الغائـب والحكم، حيث أجازت الحكم على المدعي، إذا كانت الدعوى قد تهيـأت للحكـم، وأغلق باب المرافعة فيها، وسمعت كل الحجج فيما يتعلق بموضوع الدعوى، وما

---

1. السرخسي، المبسوط، (٣٩/١٧). ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١١٥/١-١١٦). الهيتمي، تحفة المحتاج، (١٦٣/١٠). ابن قدامة، الشرح الكبير، (٥٢٤/٢٨). شرح الزركشي، (٤٨٤/٦-٤٨٧). ابن حزم، المحلى، (٤٣٤/٨). الزحيلي، الفقه الإسلامي، (٥١١/٦ـ٥١٢).

2. الصاوي ، الوسيط ، (٥١٣).

يتصل بها، وذهب إلى ذلك أيضاً نظام المرافعات الشرعية، وهو أمر لـم يـنص عليه فقهاء الشريعة الإسلامية فيما وقفت عليه،[1] وربما أمكن القول بأنه مخـالف للقاعدة العامة في التميـيز بين المدعي، والمدعى عليه، وهي أن المدعي من لـو ترك الدعوى ترك، وشأنه، ولا يلزم بشيء. والحق أن ظاهر القاعـدة يـوحي بشيء من ذلك، إلا أنني أرى أنه لا توجد هناك مخالفة، ما دام أنه قد تقدم بكـل ما لديه في الدعـوى، وكانت الدعوى قد تهيأت للحكم، فلم يبق إلا الحكـم، ولـم يبق له إلا إبداء الاعتراض على الحكم، وهو متيسر له؛ سواء كـان حاضـراً، أم كان غائباً، فلم يضع عليه شيء، وهو على حجته متى ما حضر.

ووقفت بعد ذلك على قول لبعض الفقهاء؛ حكى فيه الإجماع علـى عـدم جواز الحكم للمدعي الغائب[2]. وهذا القول يمكن أن يؤخذ منه أن طلـب المـدعى عليه، الحكم في دعوى المدعي الغائب؛ إن كان مما يحكم فيه للمدعى عليه بالحق المتنازع فيه، فلا بأس به على ما قرره النظام، ووافق فيه القـوانين الوضـعية، ويؤخذ من مفهوم الإجماع المحكي، أما إن كان الحكم للمدعي الغائب على المدعى عليه، فلا يحكم به، ولو طلبه المدعى عليه، على ما حكي فيه الإجماع، لأنـه إن كان مستعدا لأداء الحق، فليؤده، ولا حاجة فيه لأن يطلب فيه الحكم عليـه كـي يلتزم.

---

١. نظام المرافعات الشرعية ، (م/٥٣- ٥٤). عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الـشرعية، (٢٣٨، ٢٥٦). أبـو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، (٥٤٠) .

2 . التمرتاشي، محمد بن عبدالله، مسعفة الحكام على الأحكام، تحقيق: الزيد، صالح بن عبدالكريم، (مكتبة المعـارف، الرياض، الطبعة الأولى١٤١٦هـ)، (٤٤٣/٢). ابن الغرس، الفواكه البدرية، (٦٥ـ٦٦).

الفصل السادس

شرط تعيين المتداعيين في الدعوى

ويتضمن ستة مباحث :

المبحث الأول : شرط تعيين المدعي والمدعى عليه في فقـه الـشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني : شرط تعيين المدعي والمـدعى عليـه فـي القـوانين الوضعية.

المبحث الثالث : شرط تعيين المدعي والمدعى عليه في نظام المرافعات الشرعية.

المبحث الرابع : الآثار المترتبة على شرط تعيين المدعي والمدعى عليه.

المبحث الخامس : أوجه المقارنة بين فقه الشريعة الإسلامية والقـوانين الوضعية ونظام المرافعات الشرعية.

المبحث السادس : الإختصاص بنظر ثبوت الشروط من عدمه.

المبحـث الأول

شرط تعيين المدعي والمدعى عليه في فقه الشريعة الإسلامية

وينقسم إلى مطلبين :

المطلب الأول: تعيين المدعي في فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: تعيين المدعى عليه في فقه الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول

تعـيين المدعـي في فقه الشـريعة الإسـلامية

وهذا الشرط لم يتكلم عنه كثير من الفقهاء؛ كونه مـن البـديهي؛ وكـون المدعي معروفاً، متعييناً، غير مبهم، ولا غير متميز عن غيره.

ويترتب عليه؛ أن الفائدة من الدعوى، إلزام المدعى عليه بالحق، عند ثبوت الدعوى، وتسليمه للمدعي، فحينما يكون مجهولاً، فكيف يتصور الإلزام.

ولم أجد من الفقهاء من نص عليه صراحةً باستثناء بعض الشافعية.[1]

ولعل كون المسألة من النوادر في الوقوع، لم يلتفت إليها الفقهاء؛ اعتبـاراً منهم أنه من البديهي أن يكون المدعي معروفاً، متعيناً، لدى القاضي، وإلا فكيـف يتصور للقاضي؛ السير في إجراءات التقاضي، دون معرفة المدعي؛ الذي يطالب بالحق، وكيف يتصور أن يحكم له القاضي، وهو لا يعرف عينه.

ولذا نص بعض الفقهاء صراحة على أن شرط المدعي أن يكون معيناً.

لكن السؤال المتبادر للذهن هنا؛ هو كيف يتصور جهالة المـدعي، وهـو طالب الحق، ولا تتحرك الدعوى إلا به ؟.

والحق أن هذا الأمر قد أورده بعض الشافعية، وأجابوا عنه؛ مـن خـلال تصويره بصورة ممكنة؛ كما "إذا قال جماعة، أو واحد منهم مثلاً، ندعي على هذا، أنه ضرب أحدنا، أو قذفه مثلاً ".[2] ومثله لو قالوا: أنه غصب أحدنا، أو اقتـرض

---

١. الهيتمي، تحفة المحتاج، (٢٩٣/١٠).

٢. حاشية الشرواني على تحفة المحتاج، (٢٩٣/١٠).

منه، أو اشترى منه، أو قال عدة نسوة: أنه طلق إحدانا، أو عقـد علـى إحـدانا، وهكذا.

وبهذا يتبين عدم دقة بعض المعاصرين، حينما يدعي أن شـرط التعيـين، والتعريف هو مما اختص به المدعى عليه دون المدعي، لأنه لا يمكن الفصل في النزاع، ولا إصدار حكم على مجهول ولا تكون مفيدة.[1]

ولمثل تلك العلة التي ساقها، يقال بالنسبة للمدعي المجهـول، وهـو أمـر متصور؛ كما سبق، ويمكن تصحيح الأمر بتعريفه، وتعيينه، كما هو الحـال فـي المدعى عليه تماماً.

هذا وقد رأيت بعض المعاصرين من ذهب إلى اشتراط شرط خـص بـه المدعى عليه دون المدعي؛ وهو أن يكون المدعى عليه ملزماً بشيء على فـرض ثبوت الدعوى، فإذا لم يكن كذلك لم تسمع، وممثّل له بما إذا ادعى شـخص علـى آخر بأنه وكّله في بيع بيته مثلاً، فإن هذه الدعوى لا تسمع لأن التوكيل عقد غيـر لازم، إذ يمكن للموكل عزل الوكيل في أي وقت شاء. فلا تفيد الدعوى هنا فائدتها وهي إلزام المدعى عليه بالمدعى. وهذا التوجيه إنما يظهر فـي الوكالـة غيـر اللازمة.[2]

وهذا الرأي لم أقف عليه عند السابقين بهذه الصورة، بل ما ذكروه في هذا الصدد هو أنهم جعلوا هذا الشرط من شروط الدعوى، أو المدعى به، ولـم أقـف على من جعله ضمن الشروط المتطلبة في طرفي الدعوى.

فقد نص بعض الحنفية في شروط المدعى به "أن يكون شيئاً معلومـاً وأن يتعلق به حكم على المطلوب حتى لو كان المدعى به مجهولاً، أو لا يلـزم علـى المطلوب شيئاً نحو أن يدعي أنه وكيل هذا الخصم الحاضر في أمر من أمـوره، وأنكر الأمر، فإن القاضي لا يسمع دعواه.[3]

---

١. ياسين، نظرية الدعوى، (٢٩٩).

٢. الأبياني وسلامة، مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الـشرعية، (١٢). وانظـر: الـدرعان، القواعـد الإجرائية في المرافعات الشرعية، (٤٥).

3. الفتاوى الهندية، (١/٤). وانظر في ذات الاسياق: السرخسي، المبسوط، (٣٠/١٧). ابـن نجـيم، البحـر الرائـق، (١٩٢/٧). حيدر، درر الحكام، (٢٠٩/٤).

وقال ابن فرحون المالكي: "من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقـر بهـا المدعى عليه لزمته، فإنه لو ادعى رجل هبة، وقلنا إن الهبة تلزم بـالقول، فيلـزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلنا بالقول المخالف والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول وللواهب الرجوع عنها ما لم تقبض، فإن بعـض النـاس ذهب إلى أن الجواب فيه لا يلزم، لأن المسئول عن هذا لو قال ذلك وقال: رجعت عنه فإنه لا يلزمه مطالبته بشيء، ولا فائدة في إلزامه ما لو أقر به لم يلزمـه إذا رجع عنه."[1]

وقد نقل بعض الشراح عن بعض القوانين اشتراطها أن يكون المدعى عليه خصما يترتب على إقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه ، وأن يكون محكومـا أو ملزما بشيء على تقدير ثبوت الدعوى .وعلى ضوء ذلك فهم يـرون أن إقـرار المدعى عليه إذا لم يكن له قيمة في ثبوت الدعوى فإن الدعوى تكون واجبة الرد.[2]

ويظهر لي مما تقدم أنه شرط متعلق بالمدعى به كما نص على ذلك بعض الحنيفة، ولأنه بالنظر لحقيقة هذا الشرط يتبين أنه متعلق بالدعوى فمدعي الوكالـة يرجع الأمر إلى الوكالة هل هي عقد لازم أم لا. وفي الهبة يرجع الأمر إلى الهبة هل تلزم بالوعد أم بالقبض، ولا شأن للمدعى عليه في هذا بل هذا الشرط متعلـق بذات الدعوى فلم أرى ضرورة اعتماده كشرط متطلب في المدعى عليه.

---

1. ابن فرحون، تبصرة الحكام، (١٠٩/١).

2 . قسطو ، القواعد العامة للمرافعات المدنية ، (٢٠) .

المطلب الثاني

تعـيين المدعى عليه في فقه الشـريعة الإسـلامية

وهذا الشرط نص عليه صراحة فقهاء الشريعة؛ لكن كان الحنفية والشافعية هم أكثر من تكلم فيه، وفي حقيقة الأمر فهذا الشرط له ارتباط وثيق بشرط الإلزام المتعلق بالمدعى به.

وهو شرط معتبر عند الفقهاء، وصرح به معظمهم، ويرجعه بعضهم أيضاً، إلى شرط المعلومية في المدعى به. فالإلزام هنا له طرفان؛ ملزم، وملـزم بـه، فالملزم هو المدعى عليه في حال ثبوت الدعوى، والمجهول لا يتصور في حقـه إلزام أصلاً. وكذا الحال في حالة كون المدعى به مجهولاً، فلا يتصور فيه إلزام.[1]

وللفقهاء تفصيل أكثر في هذا الشرط:

فالحنفية يشترطون لصحة الدعوى أن يكون المدعي عليه معلوماً شخصه، لأن فائدة الدعوى كما تقدم الإلزام، والحكم فيما إذا ثبتت، فإذا كان المدعى عليـه مجهولاً، فلا يتحقق الإشهاد، والإلزام؛ لكنهم لا يلزمون المـدعي معرفـة اسـم المدعى عليه.[2]

ولا يشترط عندهم كون المدعى عليه واحداً، فيجوز تعدده؛ كما في الدعوى على عموم أهل القرية، أو عموم أهل المدينة، وكما في دعاوى المحـلات؛ التـي يعود نفعها إلى العموم؛ كالطريق العام، وقد أجازوا حضور البعض من الطرفين، في دعوى الأشياء التي تكون منافعها مشتركة بـين أهـالي قـريتين؛ كـالنهر، والمرعى، إذا كانوا قوماً غير محصورين.[3]

وقد نقل بعض الحنفية اتفاقهم؛ على أن الرجل إذا كان مشهوراً، لا يشترط في تعريفه ذكر الإسم، والنسب. وأما تعريف المعتق، والعبـد عنـدهم، فيكـون بتعريف مولاه.[4]

---

١. انظر: أبو البصل، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، (١٣٣). قراعة، الأصول القضائية، (١٠).

٢. الجارم، المجاني الزهرية، (٦٦). الجصاص، شرح أدب القضاء، (٤٠٦).

٣. حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، (٤/٢٥٨-٢٥٩).

4 . حمزه، محمود، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، (دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى١٤٠٦هـ)، (٧١).

وذكروا أنه إذا كان غائباً، فلا بد من ذكر الجد بعد ذكر اسمه، واسم أبيـه، ولا يكفي ذكر اسمه، أو حرفته، أو قبيلته، إلا إذا لم يكن في محلته من يزاحمه في هذا الاسم، أو الحرفة، أو القبيلة، وأما إذا كان، فلا يكفي حتى يذكر شـيئاً آخـر يحصل به التمييز.[1]

وأما الشافعية؛ فهم يشترطون لصحة الدعوى؛ تعيين المدعى عليه، فلو قال في دعواه على حاضرين؛ قتله أحدهم، أو قتله هذا، أو هذا، أو هـذا، أو طلـب، تحليفهم، لم يحلفهم القاضي في الأصح عندهم؛ لأن المدعى عليه مبهم.

وقيل: تسمع دعواه. ثم إن أنكروا، وطلب تحليفهم، لم يحلفهم. ولبعضهم: له أن يحلفهم للتوسل إلى إقرارهم بالقتل، واستيفاء الحق، ولا ضرر عليهم في يمـين صادقة. وقال بعضهم: بل لا تسمع دعواه أصلاً، واستحسنوه، لأن التحليف فـرع الدعوى، وصرح به بعضهم.

ويجري الخلاف أيضاً في دعوى غصب، وإتلاف، وغيرها من كـل مـا يتصور فيه انفراد المدعى عليه بسبب الدعوى، فلا تسمع على مبهم، وقيل: تسمع، لأنه حينئذ يقصد كتمه، فيعسر فيه التعيين، بخلاف البيع؛ لأنه ينشأ عـن اختيـار العاقدين، فيضبط كل منهما صاحبه.

وكلامهم السابق فيما إذا انحصروا، وإلا، فلا يبالي القاضي بقوله.

قالوا: ولا يشكل بقصة خيبر؛ حينما ادعى محيصة على اليهود؛ بأنهم قتلوا عبد الله بن سهل.[2] وذلك لاحتمال أن تكون الدعوى على قوم معينين منهم.

والدعوى على الغائبين في القسامة عندهم مختلف فيها، وإن كان الأصـح عندهم سماعها.[3]

---

١ . البشتاوي، جواهر الروايات، (٣٨).

٢. متفق عليه وتقدم تخريجه، (١٩١).

٣. الهيتمي، تحفة المحتاج، (٤٨/٩)، حاشية الشرقاوي، (٣٨٢/٢). حاشية عميرة على شرح المحلي، أحمد البرلـسي المعروف بعميرة، (٢٥٠/٤-٢٥١). مع حاشية القليوبي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى١٤١٧هـ. الغزالي، أبو حامد، الوجيز، (شركة طبع الكتب المصرية، مصر١٣١٧هـ)، (١٥٨/١-١٥٩). ابن الملقن، الأشـباه والنظـائر، (٥٩٠/١-٥٩٥). وانظر: الدغمي، دعوى التناقض والدفع في الشريعة الإسلامية، (٥٣).

وأما الحنابلة، فقد قالوا بوجوب تعيين المدعى عليه، فإن كان حاضراً، كفت الإشارة إليه، وإن كان غائباً، لزم ذكر الإسم، والنسب، حتى يتميز.[1]

١ . القاري، أحمد عبدالله، مجلة الأحكام الشرعية، (تهامة، السعودية، الطبعة الأولى١٤٠١هـ)، (٦١٣).

المبحث الثاني

شـرط تعيين المتداعـيين في القـوانين الوضـعية

لم أحظ بالوقوف على نص عند شراح القوانين الوضعية يفيـد اشـتراطهم لصحة الدعوى أن يكون كل من المدعي، والمدعى عليه معينـاً معلومـاً، لكـنهم أوجبوا تضمين صحيفة الدعوى؛ اسم المدعي، ولقبه، ومهنته، وموطنه، واسم من يمثله، ولقبه، وأوجبوا مثل ذلك بالنسبة للمدعى عليه.[1]

وهذا الوجوب يمكن أن يعد من قبيل الشروط الإجرائية؛ حيـث أن عـدم البيان الواضح الدافع للجهالة؛ سواء عن المدعي، أو المدعى عليه، أو من يمثلهم، يترتب عليه البطلان لصحيفة الدعوى، وإلغاء جميع الإجراءات اللاحقـة، وزوال كل ما يترتب على إيداعها من آثار، واعتبار الخصومة كأن لم تنعقد اصلاً.[2]

والمقصود الأصلي بتعدد بيانات المدعي أولاً: هو كـي تتحـدد شخـصية المعلن لدى المعلن إليه، فيتمكن من معرفة موطنه، وما إذا كان يعمل باسـمه، أو باسم غيره، للرد على إعلانه إذا رأى لذلك محلاً.

والبيانات المتعلقة بالمدعي، يكمل بعضها الـبعض الآخـر؛ لأن الغـرض المقصود فيها التعريف بالمدعي، وإذا أدت إلى الشك في شخصية المعلن، بطـل الإجراء. وإذا ورد نقص، أو خطأ في بيان من البيانـات المتقدمـة، فـلا يبطـل الإعلان، إلا إذا كان يجهل بالمعلن. وعلى ذلك، فإغفال مهنة، أو وظيفـة طالـب الإعلان، لا يؤدي إلى البطلان، طالما أن البيانات الأخرى الواردة في الورقة، لا يمكن أن تؤدي إلى الشك في حقيقة شخصيته.[3]

فإذا كان المدعي شخصية معنوية، فإنه يكتفى بذكر اسـمها فـي صـحيفة الدعوى، ولا يلزم أن تحتوى على اسم المدير؛ كما أن الخطأ في صدده لا يعتد به

---

١. المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (٩٩).

٢. المصدر السابق، (١٠٣)، أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٣٧١).

٣. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٤٢٣). هليل، البطلان في المرافعات، (٩٤-٩٥). الديناصوري، عزالدين، وعكاز، حامد، التعليق على قانون المرافعات، (شركة الجلال للطباعـة، الإسـكندرية، الطبعـة العاشـرة٢٠٠٢م)، (٧٢٥/١، ٧٢٦).

وكذلك الحال في المدعى عليه، وإذا لم يعترض المدعى عليه على اسـمه الذي اعتاد على مخاطبته به، فلا يترتب أي بطلان.

وإذا رفعت الدعوى على مصلحة من مصالح الحكومة، فيكتفى بـذكر اسـم المصلحة، بجانب صفة المعلن إليه، وهو عادة مدير المصلحة، فلا يلزم ذكر اسـم المدير، وإذا رفعت دعوى على شركة، أو جمعية، أو مؤسسة، أو نقابة، فـالعبرة بما إذا كانت لها شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء، أو الأعـضاء، أو ليس لها هذه الشخصية.

ففي الحالة الأولى؛ يكتفى بذكر اسم الشركة، بجانب صفة النائب عنها، إن كان للشركة مركز لإدارتها، ولا يلزم ذكر اسم هذا النائب، والخطأ في اسم المدير هنا لا يبطل الإعلان.

وفي الحالة الثانية؛ يتعين اشتمال الورقة على البيانات الخاصة بكل شريك، أو بكل عضو حسب الأحوال.[1]

وفي حالة كون المدعي لا تتوافر فيه الأهلية الإجرائية؛ بأن كـان نـاقص الأهلية، وإذا كان شخصاً اعتبارياً، فيجب تحديد من يمثله في الخـصومة بـذات البيانات السابقة.

ويترتب على إغفال البيان لموطن المدعي، أو تجهيله؛ بطلان الـصحيفة، وهو بطلان لا يتعلق بالنظام العام، يسقط الدفع به بالكلام في الموضوع.

والمدعى عليه إذا كان ناقص الأهلية، أو شخصاً اعتبارياً، فيجب تحديد من يمثله في الخصومة، وصفته التي تخوله هذا التمثيل، مع ذكر موطنـه. ويترتـب على إغفال البيان، أو تجهيله؛ بطلان صحيفة الدعوى، وهـو بطـلان لا يتعلـق بالنظام العام، يسقط الدفع به بالكلام عن الموضوع. وإذا كان البيـان ناقـصاً، لا يمكن التعرف على الموطن، فإنه يستوي في أثره القانوني مع إغفال البيان.[2]

---

١. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٤٢٣-٤٢٥)

٢. هليل، البطلان في قانون المرافعات، (٩٤- ٩٥).

وعليه؛ فلا يجوز قانوناً رفع الدعوى المدنية على مجهول، وإن كان يتعذر أحياناً على المدعي تعيين المدعى عليه، كما هو الحال مثلاً لو توفي المدين، وكان يصعب على الدائن معرفة ورثته.[1]

١. الأنطاكي، أصول المحاكمات، (٣٤٠)

المبحث الثالث

شـرط تعيين المتداعيين في نظـام المرافعـات الشـرعية

ما جاء في نظام المرافعات الشرعية في شكله العام لا يختلف عمـا سـبق الحديث عنه في المبحث السابق في القوانين الوضعية. فالمادة (٣٩) نصت علـى البيانات الواجب توافرها في كل من المـدعي، وهـو مقـدم طلـب الـدعوى، وصحيفتها، والمدعى عليه فيها؛ فيذكر فيها الاسم الكامل لكل منهما، والمهنـة، أو الوظيفة، ومحل الإقامة، والسجل المدني، والاسم الكامل لمن يمثلـه، ومهنتـه، أو وظيفته، ومحل إقامته إن وجد.

وبينت اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية؛ أن المعاملة (أي معاملة الدعوى) لا تحال إلى القاضي في المحكمة لنظرها إلا بعـد اسـتكمال صـحيفة الدعوى، وتحديد موعد الجلسة، وتبليغه من قبل المحضر، أو المدعي.[١]

وهو ما لا يتأتى مع جهالة المدعى عليه، ولو شكلاً، ومن باب أولى جهالة المدعي مقدم الطلب، أو من تقدم الدعوى باسمه.

وإذا كان أحد المتداعيين جهة حكومية، فيكفي ذكر وظيفة من يمثلهـا دون اسمه، ومحل إقامته.[٢]

وقد بينت اللائحة التنفيذية أنه لا يترتب على نقص استيفاء بيانات فقـرات المادة (٣٩) بطلان صحيفة الدعوى متى تحققت الغاية منها وفق ما جاء في نص المادة (٦) التي بينت أن الإجراء يكون باطلاً إذا نص النظام على بطلانه أو شابه عيب تخلف بسببه الغرض من الإجراء . ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه إذا ثبت تحقق الغاية من الإجراء ، ويرجع تقدير تحقق الغاية لناظر القضية.

---

١. اللائحة النظام التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٣٩/ ٥). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظـام المرافعـات الشرعية، (٢٠٦ـ٢٠٧). المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (٩٩،١٠٣). ، أبو الوفا، التعليق علـى نـصوص قانون المرافعات، (٣٧١).

٢. اللائحة النظام التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٣٩/ ٩). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظـام المرافعـات الشرعية، (٢٠٨).

والتقييد بعبارة: متى ما تحققت الغاية منها يدل على البطلان إذا لم يتعـين المدعى عليه، أو كانت البيانات ناقصة؛ بحيث أدت إلى الجهل به، والمدعي كذلك من باب أولى.[1]

فتقديم صحيفة دون بيانات المدعي لا يحقق الغاية من الدعوى، وهو الإلزام بالحق المدعى، وكذلك إذا لم تدون بيانات المدعى عليه، ويتحقق التعـرف علـى شخصه، وتحديده؛ فأي غاية تتحقق بالدعوى على مجهول، وأي إلزام يتوجه عليه.

ولذا ذهب بعض شراح النظام إلى أن عريضة الدعوى تبطل، ولا يترتـب عليها أي أثر، إذا ما كانت تؤدي للجهالة بالمدعي، أو بالمدعى عليـه، أو بهمـا جميعاً.[2]

ولذا أرى أن تعيين المتداعيان، شرط إجرائي مطلوب تحققه قبل البدء فـي موضوع الدعوى، والحق المدعى، والحق أنه يمكن تصور، وتحقق كون المدعى عليه مجهولاً، ولكن جهالة المدعي أمر صعب، ونادر الوقوع؛ لكنه يظل في حيز الإمكان، ولذا جاء النص على بيانات كل من المدعي، والمدعى عليه صراحة في النظام كإجراء من إجراءات الدعوى، ورتّب البطلان في حالة عدم تحقق الغايـة من الإجراء.

---

1 . نظام المرافعات الشرعية، (م/٦). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ١/٦، ١٢/٣٩). وانظر: عبدالتواب، المرجـع فـي نظام المرافعات الشرعية، (٤٤ـ٤٦،١٠٩). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجاريـة، (٤٢٣). هليـل، الـبطلان فـي المرافعات، (٩٤-٩٥).

2 . أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، الحسين علي، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، بدون طبعة)، (٤٢). وانظر: المنشاوي، التعليق على قانون المرافعـات (١٠٣)، أبـو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٣٧١).

المبحث الرابع

الآثـار المترتبة على شـرط تعيين المدعي والمدعى عليه

من أهم ما يترتب على هذا الشرط؛ أنه متى ما تحقق، وكـان كـل مـن المدعي، والمدعى عليه متعيناً، معروفاً، قبلت الدعوى، إذا كانـت قـد اسـتوفت شروطها الأخرى، وهو مقتضى الشرطية عند الفقهاء.

ومما يتبع لهذا هو الإلزام بالحق المدعى، فقد نص الفقهاء كما تقدم؛ أن من شروط الدعوى أن تكون ملزمة بشيء لو ثبتت، ولا يتصور إلـزام فـي حالـة الجهالة، ومع التعيين يمكن إلزام الخصم بالحق؛ سواء كـان مـدعياً، أو مـدعى عليه.[1]

وعدم البيان الواضح الدافع للجهالة؛ سواء عن المدعي، أو المدعى عليـه، أو من يمثلهم، يترتب عليه البطلان لصحيفة الدعوى، وإلغاء جميـع الإجـراءات اللاحقة، وزوال كل ما يترتب على إيداعها من آثار، واعتبار الخصومة لم تنعقد.[2]

والبيانات المتعلقة بالمدعي، يكمل بعضها الـبعض الآخـر؛ لأن الغـرض المقصود فيها؛ التعريف بالمدعي، وإذا أدت إلى الشك في شخصية المعلن، أو في تجهيله بطل الإجراء.[3]

ويترتب كذلك على إغفال البيان لمـوطن المـدعي، أو تجهيلـه؛ بطـلان الصحيفة، وهو بطلان لا يتعلق بالنظام العـام يـسقط الـدفع بـه بـالكلام فـي الموضوع.[4]

---

1 . الجارم، المجاني الزهرية، (٦٦). الجصاص، شرح أدب القضاء، (٤٠٦).

٢. المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٠٣)، أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٣٧١).

٣. أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٤٢٣). هليل، البطلان في المرافعات، (٩٤- ٩٥) . أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، أحكام الدفوع في نظام المرافعات الشرعية السعودي، (٤٢).

٤. هليل، البطلان في قانون المرافعات، (٩٤-٩٥). نظام المرافعات الشرعية، (م/٦). لائحـة النظـام التنفيذيـة، (م/ ١٢/١،٣٩/٦). ولنظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعات الشرعية، (٤٤ـ٤٦،١٠٩).

ولا يحكم بالبطلان رغم النص عليه، إذا ثبت تحقق الغاية من الإجـراء ، ويرجع تقدير تحقق الغاية لناظر القضية.[1] وبالطبع فالغاية لا تتحقق مع الجهالـة فالجهالة عدم ولا يمكن هنا القول بصحة الإجراء ما دام أننا لم نتعرف على طرف الدعوى أو طرفيها .

١ . انظر: نظام المرافعات الشرعية، (م/٦). لائحة النظام التنفيذية، (م/ ١/٦، ١٢/٣٩). عبدالتواب، المرجع في نظـام المرافعات الشرعية، (٤٤ـ٤٦،١٠٩). أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، (٤٢٣). هليل، البطلان في المرافعات، (٩٤-٩٥). الديناصوري، وعكاز، التعليق على قانون المرافعات، (٧٢٥/١، ٧٢٦).

المبحث الخامس

أوجـه المقـارنة بين فقه الشـريعة الإسـلامية والقـوانين الوضعـية ونظـام المرافعـات الشـرعية

المطالع لإعتبار تعيين أطراف الدعوى، ومعرفتهم، يجد أن هنـاك اتفاقـاً على عدم النظر في دعاوى المجهولين، أو الدعاوى علـى مجهـولين، لأن ذلـك الأمر مما يضيع الوقت على المحاكم، ويكدس القضايا لديها، وهو ما ينافي طبيعة القضاء؛ التي تنحو إلى الفصل في الدعاوى، وقطع النزاع، وهذا مالا يتأتى فـي دعاوى المجهولين؛ التي تفنى الأعمار، وربما لم يستدل عليهم بعد.

وقد تقدم أن الشريعة الإسلامية كانت سباقة إلى معالجة هذا الأمر، والتشديد على اعتباره، فجعله بعض الفقهاء شرطاً لقبول الدعوى، وبدونه تكـون الـدعوى مردودة، وغير مقبولة، وهذا نظراً منهم للحق المدعى، وهـو أصـل الـدعوى، ومطلوب من المدعى عليه غير المعين، أو للمدعي غير المعـين، فكيـف يتـأتى تأديته[1].

والقوانين الوضعية[2]، والتنظيمات الحديثة؛ كنظام المرافعات الشرعية[3] تنظر لهذا الأمر من ناحية إجرائية قبل الخوض في موضوع الدعوى، أو النظـر فيـه، لأنه يترتب عليه إجراءات لاحقة، كإعلان المدعى عليه، وفي حالة عدم حضوره بعد الإعلان الصحيح يتم الحكم عليه. وكذا المدعي إذا تغيب يتم الحكم عليه غيابياً (في القوانين الوضعية دون نظام المرافعات الشرعية). ومع الجهالة فـإن الحكـم الغيابي هنا لا يكون سليماً ولا يصح المصير إليه.

---

1 . الجارم، المجاني الزهرية، (٦٦). الجصاص، شرح أدب القضاء، (٤٠٦).

2 . المنشاوي، التعليق على قانون المرافعات، (١٠٣)، أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون المرافعات، (٣٧١).

3 . اللائحة النظام التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٣٩/ ٥). وانظر: عبدالتواب، المرجع في نظام المرافعـات الشرعية، (٢٠٦ـ٢٠٧).

المبحث السادس

الإختصـاص بنظـر ثبوت الشـروط من عـدمه

الإختصاص هنا يقع على القاضي ناظر القضية، والذي من اختـصاصاته إقامة، الأوصياء، والأولياء، والنظار، والإذن لهم في التصرفات التـي تـستوجب إذن القاضي، وعزلهم عند الإقتضاء؛ كما هو نص النظام.[1]

وهذا الإقتضاء مرده حال عجزهم، أو فقدهم الأهلية الشرعية المعتبرة.[2]

تنص اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية؛ على أن تكـون النيابـة بوثيقة صادرة من جهة رسمية مختصة، أو بما يقرره الموكل في ضبط القـضية، وفق ما جاء في المادة (٤٨) من ذات النظام، والتي تعطي الحق لناظر القضية بأن يرخص للوكيل عند الضرورة؛ بإيداع الوثيقة في ميعاد يحدده، على ألا يتجـاوز ذلك أول جلسة للمرافعة، ويجوز أن يثبت التوكيل في الجلسة بتقرير يـدون فـي محضرها، ويوقعه الموكل، أو يبصمه بإبهامه.[3]

إذا قدم الوكيل وكالة لا تخوله الإجراء المطلوب، ففي هذه الحال؛ إن كـان وكيلاً عن المدعي، فيفهمه القاضي بإكمال المطلوب، فإن لم يكمل المطلوب فـي الجلسة اللاحقة، فيعامل وفق المادة (٥٣) المتعلقة بغيـاب المـدعي، وإن كـان وكيلاً عن المدعى عليه، فيفهمه القاضي كذلك، وأنه إذا لم يقدم وكالة مكتملة فـي الجلسة المحددة، فيعتبر في حكم الغائب، ويعامل وفق الماده (٥٥).

ومما يلحق بهذا لو ظهر انفساخ الوكالة؛ بوفاة الموكل، أو الوكيل، أو فقـد أحدهما أهليته، أو نحو ذلك، فللقاضي سحب أصل الوكالـة، وبعثهـا لمـصدرها للتهميش عليها بالإلغاء.[4]

---

1 . نظام المرافعات الشرعية، (م/٣٢).

2 . اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/٣٢/١٠). وانظر: عبدالتواب، المرجع، (١٧٦ـ ١٨٠).

3 . نظام المرافعات الشرعية، (م/٧٤-٤٨). لائحة النظام التنفيذية، (م/٤٧/٣).

4 . اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/ ٤٨/ ٥٠،٥/٣). وانظر: عبدالتواب، المرجع، (٢٣٣).

وكذا فقد أعطى النظام للقاضي أن يأمر بإدخال مـن يـرى فـي إدخالـه مصلحة، وإظهاراً للحقيقة. وله إبعاد من رأى إدخاله كذلك. وما هذا إلا لمسئوليته عن التأكد عن تحقق الشروط من عدمه.[1]

ويلحق بهذا الطلبات العارضة، فتقدير قبولها، ووجود الإرتباط بينه، وبـين الدعوى الأصلية، هو اختصاص ناظر القضية.[2]

---

1 . نظام المرافعات الشرعية، (م/٧٦). لائحة النظام التنفيذية، (١/٥،٧٧/١،٧٦/٧٦). وانظر: عبدالتواب ، المرجـع، (٣٣٦ـ٣٣٨).

2 . اللائحة التنفيذية لنظام المرافعات الشرعية، (م/٨/٧٨). وانظر: عبدالتواب، المرجع، (٣٥٦).

الفصـل السابع

الدراسـة التطبيقية

توطـــــئـة

تنصب الدراسة في هذا الفصل على الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية بمدينة الرياض خلال عشر سنوات ماضية، ودراسة الأحكام هي من خلال بيـان مدى مراعاة، والتزام القضاة بما قال به فقهاء الشريعة الإسـلامية فـي مـسألة الشروط المتطلبة في أطراف الدعوى، والقواعد التي وضعوها من أجل التمييـز بين المدعي، والمدعى عليه. مع مراعاة الأنظمة المعمول بها فـي تنظـيم هـذه المسائل وغيرها. وهل يتم النص في الأحكام على هذه الشروط، أم يكتفي نـاظر القضية بالإشارة لما يخالف الأصل، على اعتبار أنه الأعم الأغلب في المتداعيين، والأصل كون طرفي الدعوى حرين بالغين راشدين غير محجور عليهما.

المنهج المتبع في عرض القضايا وتحليلها

وقد وضعت لكل دعوى عنواناً مستقلاً، وأذكر بعده تاريخها ورقـم الجلـد الذي ضبطت فيه والمحكمة التي أصدرت الحكم، ثم أتبع ذلـك بمـوجز لوقـائع الدعوى، مشتملاً على طلبات المدعي، وجواب المدعى عليه، ثم أذكر بعده الحكم الشرعي، مبيناً أسبابه، واختم بتحليل لمضمون الدعوى، مسترشداً بما تقـدم فـي الدراسة النظرية. وقد استخدمت في ترتيـب الـدعاوى (أو القـضايا) المـنهج التاريخي مبتدأً بالأقدم ثم الأحدث.

في بداية كل دعوى، على المدعي إذا مـا أراد للمحكمـة أن تنظـر فـي موضوع دعواه، أن يتقدم بصحيفة دعوى للمحكمة؛ مشتملة على عدد من البيانات المتعلقة بأطراف الدعوى، وبالدعوى؛ كما في النموذج المعمم من وزاره العـدل برقم (٤٥-١-٠١-٠(أ)), وذلك استنادا للمادة التاسـعة، والثلاثـين مـن نظـام المرافقات الشرعية.

وان كان النظام قد نص على أن المدعي، والمدعى عليه إذا حضرا أمـام المحكمة من تلقاء نفسيهما، ولو كانت الدعوى خارج اختصاصها المكاني، إذا طلبا سماع خصومتهما، فتسمع المحكمة الدعوى، في الحال إن أمكن، وإلا حددت لهـا جلسة أخرى، وهذا نص محتمل لعدم وجوب تقديم صحيفة دعوى؛ لأن من أهـم أغراضها إعلان المدعى عليه. وتنص المادة السابقة؛ على أن تكون الصحيفة من

أصل، وصور بعدد المدعى عليهم، لكن يظهر لي انه لابد من صحيفة دعوى في كل الأحوال؛ لأنه مع احتمال تأجيل نظر الدعوى، وهو كثير لما تعانيه المحـاكم من كثره الدعاوى بالنظر لعدد القضاة فيها، فإن التأجيل يستلزم التسجيل، والـذي يحتاج بدوره إلى قيد، وبيانات دعوى، وهو مالا يتأتى إلا مـن خـلال صـحيفة دعوى.

تتضمن صحيفة الدعوى بالإضافة لاسم المحكمة، وتـاريخ التقـديم؛ اسـم المدعي، والمهنة، أو الوظيفة، ورقم السجل المدني (للمواطنين)، أو الإقامـة أو الجواز (للمقيمين)، ثم محل الإقامة، ويشمل؛ بيان الحي، واسم الشارع، ورقـم المنزل، ورقم الهاتف، ويتبع لذلك أيضاً إن وجد، اسم ممثـل المـدعي، وبـاقي البيانات السابقة في المدعي؛ لأنه يقوم مقامه.

ثم يأتي بعد ذلك اسم المدعى عليه، والمهنة، أو الوظيفة، ومحـل الإقامـة مشتملاً على بيان الحي، واسم الشارع، ورقم المنزل، ورقم الهاتف.

ويلي ذلك موضوع الدعوى مفصلاً، ثم البيانـات، والمـستندات المؤيـدة لموضوع الدعوى، ويذيلها الطلب المخصوص الذي من أجله أنشئت الدعوى.

وفي نهاية الصحيفة إقرار بأنه ما سبق للمدعي التقدم بمثل هـذه الـدعوى لهـذه المحكمة، أو غيرها من الجهات القضائية الأخرى، وأنه إذا تبين أن دعـواه هـذه غير صحيحة، أو كيدية، فإن عليه الحق في مطالبته بما لحقه من ضرر؛ كما يحق للجهات المختصة إحالته مع المدعي العام للمحكمة المختصة، لمجازاته وفق مـا يقتضيه الوجه الشرعي، والأنظمة، والتعليمات.

وفي نهاية الصحيفة توقيع المدعي على ما سبق بعالي الصحيفة، ثم يليـه موضوع تحديد موعد نظر الدعوى، باليوم، والتاريخ، والساعة، والمكان (رقـم مكتب القاضي، والطابق، واسم قاضي الدعوى).

وفي الواجهة الخلفية للصحيفة؛ رسم توضيحي لمسكن المدعى عليه، ومقر عمله.

القضيـــة الأولـى

دعوى دية على بيت مال المحكمة

تاريخ القضية: ١٤٢٣/٢/٢٩هـ

رقم الجلد: ٢٣

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية:

حضر المدعي بصفته وكيلا عن المدعي الأصلي، والذي هو مدعٍ أصـيل بنفسه، وبولايته على أولاد ابنه (...) وهم ابن وبنتان، وبالوكالة عن والدة ابنـه، وزوج ابنه، وابنة ابنه (بالغة) بموجب وكالة مـصدقة، والمنحـصر إرث ابـن المدعي (...) في والده، ووالدته، وفي زوجه، وفي أولاده (ثلاث بنات وابن واحد)، لا وارث له سواهم بموجب الإعلام الشرعي الصادر من محكمة بلدهم (دولة عربية)، والمستكمل لجميع التصديقات النظامية، وحضر لحضوره مدير بيت مال المحكمة، وادعى الأول أنه بتاريخ ../../....هـ، كان مورث موكله يسير علـى قدميه، وتعرض للدهس من قبل (صاحب السيارة)، وقد أدين المتسبب بالحـادث بنية الخطأ، وقام بإيداع دية مورث موكله في بيت مال المحكمة، وقدرها مائه ألف ريال دية قتل خطأ، وذلك بموجب الإيصال رقم (...) في (../../....هـ ـ) لـذا يطلب الحكم على مدير بيت مال المحكمة بتسليمه دية مورث موكله، وقدرها مائه ألف ريال، وبسؤال مدير بيت مال المحكمة؛ أقر بصحة ما جاء في دعوى المدعي جملةً، وتفصيلاً، ولا مانع لديه من تسليمه الدية المدعى بها، إذا حكم بذلك نـاظر القضية، وقد حضر الجلسة (صاحب السيارة) الذي تسبب فـي مـوت مـورث موكل المدعي، وصادق على جميع ما ذكره المدعي، وقرر أنه لا مانع لديه مـن تسليمه الدية المودعة في بيت مال المحكمة.

الحكم وأسـبابه:

حكم ناظر القضية على بيت المال بتسليم ديـة مـورث موكـل المـدعي المذكورة؛ وقدرها مائه ألف ريال، وأسبابه ما جاء في دعوى المـدعي، وإقـرار المدعى عليه، والمتسبب بصحة ما جاء فيها. وقد قنع الطرفان بالحكم.

دراسة القضيـة:

في هذه القضية إذا طبقت الضوابط التي ساقها الفقهاء للتمييز بين أطـراف الدعوى؛ يتبين أن المدعي هنا له الخيار في ترك الـدعوى، وتوقـف إجراءاتهـا بذلك، دون أن يكون ملزماً بشيء فيها، وهو يطلب في دعواه إثبات إرثـه، وإرث موكليه من دية مورثه، وهو أيضاً يدعي بخلاف الأصل، والظاهر، لأن الأصـل براءة ذمة بيت مال المحكمة من أي دين، أو التزام تجاه أحد، وهو بذلك أضـعف موقفاً من المدعى عليه.

والمدعى عليه في هذه الدعوى ليس له الخيار في الترك كما للمدعي، وهو مقر بما ادعى به المدعي، ويصح منه الإنكار فهو المدعى عليه، وموقف المدعى عليه يعتضد بالأصل، والظاهر كما تقدم.

وبالنظر لتحقق الشروط في أطراف الدعوى؛ يظهر توفر شرط الأهلية في المدعي على الأصل، وكذا المدعى عليه، على الرغم من كونه شخص اعتبـاري، إلا أنها تحققت من خلال ممثله، وهو ما يقال به أيضاً في حق المتدخل (المتسبب بالحادث). وأما ما يتعلق بشرط الصفة، فهو متوافر في المـدعي الـذي يـدعي بالأصالة، وبالوكالة، وتحققت فيه صفة المدعي كما تقدم، وكذا في موكليه، وهـم بقية الورثة، وفي المدعى عليه من خلال تمثيله لبيت مال المحكمة، والذي لو أقر بما ادعى به المدعي للزمه المدعى به، وتحقق أيضاً في المتدخل المقر بتسببه في الحادث، وقد أدى الدية المتقررة عليه شرعاً. وقد توافر شرط التعيـين لأطـراف الدعوى تعييناً نافياً للجهالة؛ بل تحقق الغرض المقصود من ورائه؛ مـن خـلال حضور جميع أطراف الدعوى. وعلى ضوء ذلك يتبين تـوافر جميـع شـروط أطراف الدعوى، وتحققها فيهم في هذه الـدعوى؛ ممـا يـدل علـى مراعاتهـا، واعتبارها.

القضيـــة الثانيـة

دعـوى وكيل بالشـراء لأجل على موكـله الغـائب

تاريخ القضية: ١٤٢٥/٣/١٦هـ

رقم الجلد: ٢٥

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية:

حضر وكيل المدعي بموجب وكاله شرعيه رقم (...)، وتغيب المدعى عليه بعد أن تم طلبه عدة مرات، وأفاد مركز الشرطة أنه لم يعثر عليه. وادعي وكيـل المدعي أن المدعى عليه (الغائب) طلب من موكله أن يشتري سـيارة فـورد، موديل ٢٠٠١م من شركة توكيلات الجزيرة، فوافق موكله على ذلك، وقام بتوقيع العقد مع الشركة في تاريخ ١٤٢٢/٤/٢٧ هـ، حيث اشترى السيارة بمبلغ وقدره تسعون ألفاً وأربعة ريالات. دفع من هذا المبلغ مقدم ثلاثة عـشر ألـف ريـال، والباقي يسدد على شكل دفعات شهرية، كل شهر ألفان ومائة وتـسعة وثلاثـون ريالا. وقد قامت الشركة ببيع هذه السيارة نقداً، واقتطعت من القيمة المقدم، وقدره ثلاثة عشر ألف ريال، وقامت بتحويل باقي المبلغ، وقدره خمـسون ألـف ريـال لحساب موكله في البنك، والذي بدوره قام بتسليم المبلغ للمدعى عليه، ثـم بـدأت الشركة بمطالبة موكله بسداد أقساط هذه السيارة؛ البالغة سبعة وسبعون ألفاً وأربعة ريالات. ونظرا لكون موكله دوره في هذا الشراء صوري، والمستفيد الحقيقي هو المدعى عليه، لذا يطلب الحكم على المدعى عليه؛ بأن يدفع لموكله باقي قيمة هذه السيارة المسجلة عليه، وقدرها سبعة وسبعون ألفاً وأربعة ريـالات، لأن الـشركة تطالب موكله بهذا المبلغ، وقد أبرز صورة عقد الشراء.

وفي جلسة لاحقة حضر وكيل عن شركة توكيلات الجزيـرة، وبعـرض دعوى المدعي عليه، ذكر أنه لا علاقة لهم بما ذكره المدعي في دعواه، ولا علـم لهم به، وتعاملهم مع المدعي مباشرة، وحقهم ثابت في ذمته، وصدر به قـرارات من وزارة التجارة، والمدعي حينما اشترى السيارة بالأجل تنازل عنهـا لـشخص

أخر من أهل معارض السيارات، وقد قام بتوقيع ورقة بذلك مؤرخة في ../../.... هـ، وادعى أن الشركة موكلته لم تودع خمسة وخمسين ألفا في حساب المـدعي، والذي أودع المبلغ شخص يدعى (....) يعمل في الشركة، ولا علاقة لهم بهـذا الإيداع، لأنه تصرف شخصي بين هذا الشخص، والمدعي. وأقر المدعي وكالـة بصحة ما جاء عن تنازل موكله، وصحة الورقة؛ لكن ادعى أن موكله وقع علـى بياض، والشركة هي من قام بتعبئة البيانات فيما بعد، وموكله لا يعرف الطـرف الثالث (المستفيد)، والإيداع الذي أودع في حساب موكله هو إيداع من (الموظف المذكور)، وليس من الشركة لكنه موظف لديهم. وادعى وكيل الشركة أن المدعي اشترى السيارة ورق جمرك، وباعها على (شخص يـدعى...)، والـذي باعهـا رسمياً، ونقل ملكيتها لآخر يدعى (...)، وأقر وكيل المدعي بأن موكله اشـترى السيارة ورق جمرك؛ لكنه كان يوقع على بياض، وذكر أن مديونية الشركة حلت كاملة ماعدا القسط الأخير الذي يحل في ../../....هـ؛ أي بعد ثلاثة أسابيع مـن تاريخ هذه الجلسة ../../....هـ، وجرى سؤال وكيل المدعى، هل قـام موكلـه بتسليم المبلغ الذي قدره خمسون ألف ريال للمدعى عليه نقداً، أو بشيك فقال: بـل سلمه المبلغ نقداً، ثم جرى سؤاله عن بينته على صحة دعواه، فـذكر أن لا بينـة لموكله تثبت أن المدعى عليه هو المستفيد من قيمة هذه السيارة، وأنـه المـشتري الحقيقي؛ كما أنه لا بينة لديه على أنه سلمه المبلغ نقداً، فجرى إفهامه أنه ليس لـه إلا يمين المدعى عليه، فقال: أطلب يمينه على هذه الصفة، وقد تمت الكتابة لمركز الشرطة؛ لإعلام المدعى عليه بتوجه اليمين عليه لنفي دعوى المدعي، ووجـوب الحضور في موعد معين.

وفي الموعد المحدد حضر المدعي أصالة، وأفاد مركز الشرطة أنه لم يعثر على المدعى عليه، فقرر ناظر القضية رد اليمين على المـدعي؛ علـى صـحة دعواه، وما جاء فيها؛ من أن المديونية التي تطالبه بها شركة توكيلات الجزيـرة، وقدرها سبعة وسبعون ألفاً وأربعة ريالات؛ هي قيمة السيارة المذكورة، وأن دوره صوري في الشراء، والمستفيد الحقيقي هو المدعى عليه.

الحكم وأسبابه:

حكم القاضي أن في ذمة المدعى عليه المبلغ المدعى، وهو سبعة وسبعون ألفاً وأربعة ريالات يلزمه دفعها، وأسبابه ما جاء في دعوى المـدعي، والمؤيـد بأدائه لليمين المردودة، وغياب المدعى عليه عن الجواب عن الدعوى، وعن حلف اليمين. وقد قرر المدعي قناعته بالحكم.

دراسـة القضية:

في هذه الدعوى يتضح من خلال تطبيق قواعد الفقهاء التي تقـدمت فـي التمييز بين المدعي، والمدعى عليه، أن المدعي في هذه الدعوى يصح منه تـرك الدعوى، وهو ليس مجبراً على السير فيها، والمدعي هنا يلتمس، ويطلب إثبـات ملك في الدين، وهو كذلك يدعي بخلاف الأصل، والظاهر؛ لأن الأصل، والظاهر أنه هو المستفيد من قيمة السيارة، فيكون الدين عليه، ويلزمه سداده، وحـده لكنـه ادعى أنه المدين صورةً لا حقيقة، والمدعى عليه هو المستفيد من هـذا التعامـل، وهو بهذا أضعف من المدعى عليه.

والمدعى عليه هنا ليس له الخيار في ترك الدعوى، بحيث لا تنتهي بحكـم فيها؛ لأنه المطالب بالحق، وليس هو الطالب، وهو متغيب، ولو حضر صح منـه الإقرار، والإنكار، وهو مع ذلك معتضد بالأصل، والظـاهر، فهـو أقـوى مـن المدعي، وعليه نجد أن واقعة الدعوى هذه، جاءت علـى وفـق تلـك القواعـد، والضوابط، وممضطردة على نسقها، وأنها مفيدة لما وضعت له.

وبالنظر للشق المتعلق بالشروط الواجب توافرها في طرفي الدعوى، تبين أن الأهلية قد توافرت؛ على اعتبار أنها الأصل، فلم ينص عليها، والـنص إنمـا يكون على ما خالف ذلك الأصل لعارض من العوارض المعروفة. وأما ما يتعلق بشرط الصفة، فيظهر تحققها في المدعي الأصيل؛ كونه يدعي مالاً في الذمة قبـل المدعى عليه، والذي لو أقر للزمه ما ادعى به المدعي، فهي متحققة في المـدعى عليه أيضاً، وهو كذلك متحقق في وكيل المدعي، فالوكالة إحدى صور النيابة التي تتحقق بها الصفة، والصفة كذلك متوافرة في المتدخل؛ وهو وكيل الجهة الاعتبارية (الشركة). ويظهر كذلك انتفاء الجهالة في أطراف الدعوى؛ سواء مـن حـضر

منهم، أو تغيب، مما يفيد بتحقق شرط التعيين فيهم. وأما شرط حـضور الخـصم فيظهر أخذ القاضي بمذهب الجمهور في عدم اعتبار الشرطية في هـذا الجانـب، وعليه حكم على الخصم (المدعى عليه) غيابياً، بناءاً على دعوى المدعي بيمينه؛ وهو حكم يخضع لقواعد الأحكام الغيابية، والتعليمات المنظمة لها.

القضيـة الثالثة

دعوى دين في الذمة على غائب

تاريخ القضية: ١٤٢٥/١٠/١٦هـ

رقم الجلد: ٢٥

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية

حضر المدعي، وتغيب المدعى عليه، رغم تكرر طلبه؛ لكن لم يعثر عليه، كما أفاد مركز الشرطة، وادعى المدعي؛ أنه أقرض المدعى عليه خمسة وثلاثين ألف ريال نقداً، وذلك بتاريخ ../../....هـ، في منزل (الشاهد الأول).

لذا يطلب الحكم على المدعى عليه؛ أن يعيد له المبلغ الذي اقترضه منـه، وقدره خمسة وثلاثون ألف ريال. فطلب (القاضي) منه البينة على صحة دعـواه. فذكر أنه لا يملك أية أوراق، أو إقرارات من المدعى عليه؛ لكـن لديـه شـهود، ويطلب سماع شهادتهم، وقد أحضر للشهادة كل من (الـشاهد الأول)، وبـسؤاله عما لديه من شهادة، ذكر أن المدعي، والمدعى عليه قد حضرا إليه في منزله بعد صلاة المغرب بتاريخ ../../....هـ، وقام المدعي بإقراض المدعى عليه خمـسة وثلاثين ألف ريال نقداً؛ من فئة خمسمائة، ومائتي ريال، وأقـر المـدعى عليـه باستلام كامل المبلغ أمامه، والتزام بأن يعيد المبلغ للمدعي خـلال مـدة أقـصاها أسبوعين. كما كان معهم في المجلس (الشاهد الثاني)، ووالد الشاهد الأول.

كما أحضر للشهادة (الشاهد الثاني)، وبسؤاله عما لديه من شهادة، ذكـر أنه كان متواجداً في منـزل (الـشاهد الأول) بعـد صـلاة المغـرب بتـاريخ ../../....هـ، وقد حضر المدعي، والمدعى عليه، وقام المدعي بتسليم المـدعى عليه خمسة وثلاثين ألف ريال، حيث طلب منه المدعي عد المبلغ قبـل تـسليمه للمدعى عليه، وأشهده أن هذا المبلغ قرض، والتزم المدعى عليه أمامهم بأن يعيده خلال مدة أقصاها أسبوعان، ولم يكن معهم سوى (الشاهد الأول)، ووالده.

كما أحضر المدعي للشهادة (الشاهد الثالث)، وبسؤاله عما لديه من شهادة، ذكر أنه كان متواجداً بمنزل المدعي في السابع من رمضان في عام ....هـ بعد المغرب تقريباً، وقد تواجد معهم المدعى عليه، وحصل بينه، وبين المدعى نقاش؛ حيث عرض المدعى عليه عشرين رأساً من الأغنام على المدعي، مقابل مديونيته التي في ذمته، فرفض المدعي، وذكر انه لا يعلم كم هذه المديونية بينهما.

كما احضر المدعي للشهادة (والد الشاهد الأول)، وبسؤاله عما لديه من شهادة، ذكر أن المدعي، والمدعي عليه حضرا إلى منزله بعد صلاة المغرب في ../../....هـ، وقام المدعي بإعطاء المدعى عليه خمسة وثلاثين ألف ريال نقداً، حيث قام بعدها معهم، وكان الطرفان يتكلمان عن موضوع تسديد البنك، ولا يعرف شيئاً غير ذلك.

ثم احضر المدعي كل من (المعدل الأول)، و (المعدل الثاني)، وشهدا بعدالة، وثقه الشاهدين (الأول)، و (الثاني).

الحكم وأسبابه

ثم جرى إفهام المدعي؛ بأن عليه اليمين الشرعية؛ وهي أن يحلف بالله أن في ذمة المدعى عليه مبلغ، وقدره خمسة وثلاثون ألف ريال، وانه استلف هذا المبلغ منه، ولم يعده إليه حتى تاريخه، فحلف على نحو ما طلب منه، وبناء على ما تقدم من دعوى المدعي، وشهادة الشاهدين (الأول) و (الثاني) المعدلين التعديل الشرعي، وحيث حلف المدعي على نحو ما طلب منه، لذا ثبت لدى ناظر القضية؛ أن بذمة المدعى عليه خمسة وثلاثين ألف ريال يلزمه دفعها له، وبذلك حكم، وبعرض الحكم على المدعي، قنع به.

دراسة القضية

المدعي في هذه الدعوى يطالب المدعى عليه (الغائب عن مجلس الحكم)؛ بدين في ذمته، فله الخيار في مواصلة مطالبته، وله الترك، وتوقف آثار الدعوى، ومطالبته هنا هي بإثبات هذا الدين في ذمة المدعى عليه، والحكم عليه بسداده إليه،

ودعواه جاءت على خلاف الأصل، والظاهر، فالأصل براءة ذمة المدعى عليه من أي التزام، أو حق، والظاهر أنه لو كان مستدينا منه، فإنه يقوم بسداد ذلك الـدين، فالمدعي بذلك أضعف جانبا من المدعى عليه.

والمدعى عليه؛ هو المطالب، فليس له خيار ترك تلك المطالبة، لأنها ليست صادرة عنه، فهو مرهون بها حتى تنتهي، وغيابه لا يعد تركاً؛ كحـال المـدعي تشطب به الدعوى، بل يحصل الحكم معه؛ لكنه ليس كالحكم الحضوري في قوته، ويصح منه الإقرار، والإنكار، وجانبه أقوى مـن جانـب المـدعي، لاعتـضاده بالأصل، والظاهر كما تقدم. وبذلك يظهر انطباق تلك الضوابط التي ساقها فقهـاء الشريعة؛ للتمييز بين طرفي الدعوى، على هذه الدعوى، وأنتجت تمييزاً صحيحاً، كما استقر عليه الحكم القضائي.

وبالنظر للشروط المطلوبة في طرفي الدعوى، ومدى توافرها، ومراعاتها، يظهر أن شرط الأهلية متوافر في طرفي الدعوى بحكم الأصل، ولم ينص علـى خلافه؛ حتى في المدعى عليه الغائب. وأما شرط الصفة، فهو متـوافر للمـدعي بحكم أنه صاحب الحق الأصيل، ويطلب ديناً في ذمة المدعى عليه، الذي يـصح منه الإقرار، والإنكار، فهو المدعى عليه. ويظهر كذلك انتفاء الجهالة في أطراف الدعوى؛ سواء من حضر منهم، أو تغيب، مما يفيد بتحقق شرط التعيـين فـيهم. وجواب مركز الشرطة هو بعدم العثور على المدعى عليه، وليس عدم معرفته، أو الإهتداء لمقر سكنه. وأما شرط حضور الخصم فيظهر أخـذ القاضـي بمـذهب الجمهور في عدم اعتبار الشرطية في هذا الجانب، وعليه حكـم علـى الخـصم (المدعى عليه) غيابياً، بناءاً على دعوى المدعي بيمينه، وشهادة الشاهدين؛ وهـو حكم يخضع لقواعد الأحكام الغيابية، والتعليمات المنظمة لها.

القضيـــة الرابعـة

دعـوى أتعـاب وكـلاء خصومة (مصـاريف دعـوى)

تاريخ القضية: ١٤٢٥/١١/٢١هـ

رقم الجلد:٢٥

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية:

حضر وكيل المدعي مبرزا صك وكالته، وحضر لحضوره المدعى عليـه، وادعى وكيل المدعي انه سبق، وحكم لموكله بأن يدفع له المدعى عليـه؛ مبلغـاً وقدره مليون وأربعمائة وخمسون ألف ريال، وذلك بموجب الصك الـصادر مـن محكمة جده برقم .... وتاريخ ../../....هـ، ونظراً لكون موكلـه دفـع أتعابـاً للوكلاء من اجل إنهاء هذه الخصومة؛ بلغت مائه ألف ريال، لذا فهو يطلب الحكم على المدعى عليه؛ بان يدفع لموكله مائه ألف ريال؛ تعادل الأتعاب التي دفعهـا؛ مقابل إنهاء الخصومة، هذه دعواه.

وبسؤال المدعى عليه؛ أجاب بأن ما ذكره المدعى في دعواه فيه مغالطات، وهو لا يصادقه على أنه دفع أتعاباً للمحامي قدرها مائه ألف ريال، وهو لم تحصل بينه وبين المدعى عليه خصومة بالمعنى المعروف، وإنما ذهبا جميعـا للقاضـي بمحكمة جده، وصادق المدعى على الدعوى، وثبت الحكم في جلسة واحدة، وكانا متفقين على ذلك؛ بمعنى أن الغرض من الخصومة هو إثبات المديونية، وذكر انه لم يلتزم بدفع أجرة المحامي المدعى بها، على فرض صحة انه دفع هـذا المبلـغ للمحامي، وعليه فلن يدفع المبلغ المدعى به.

وبعرض الأمر على المدعي، ذكر أن المدعى عليه لم يلتزم بدفع الأتعـاب لموكله، ولم يشترطوا ذلك عليه؛ لكن موكله عندما وقع العقد مع المحامي، دفع له المبلغ، ولديه ما يثبت ذلك.

الحكم وأسبابه:

وبناء على ما تقدم من الدعوى، والجواب، ونظراً لكون المدعى عليه لـم يلتزم بدفع المبلغ للمدعي؛ لذلك كله، فقد حكم ناظر الـدعوى؛ بعـدم اسـتحقاق المدعي لما يدعيه تجاه المدعى عليه، وصرف النظـر عـن دعـوى المـدعي، وبعرض الحكم على الطرفين قنع المدعى عليه، ولم يقنع المدعي، وطلب التمييـز وأجيب لطلبه.

دراسـة القضية:

يطالب المدعي في هذه الدعوى المدعى عليه بأتعاب الوكلاء؛ بسبب دعواه السابقة تجاهه، فهو يطلب الحكم له بها، كونه غرم هذه الأتعاب بسبب الـدعوى، فالمدعي هنا له الخيار في مواصلة دعواه، والحصول على حكم فيها، أو تركهـا، وتوقف جميع إجراءاتها، ودعواه جاءت على خلاف الأصل، والظاهر؛ فالأصـل براءة ذمة المدعى عليه من أية حقوق أخرى، سوى ما أقر به، والظـاهر عـدم الحاجة لدفع مثل هذا المبلغ في الدعاوى؛ خاصة أن تلك الدعوى كانت عبارة عن جلسة واحدة، أقر فيها المدعى عليه، وانتهت بذلك، فجانـب المـدعي فـي هـذه الدعوى أضعف من جانب المدعى عليه.

والمدعى عليه ليس له الخيار في ترك هذه الدعوى؛ بل هو ملزم بـالحكم الصادر فيها، إذا كان ملزماً له بشيء، والمدعى عليه هو المنكر؛ كما قاله الفقهاء وهو هنا كذلك، وجانبه أقوى؛ كونه يدعى بما يوافق الأصل، والظـاهر. وتبـين بذلك انطباق الضوابط التي حددها فقهاء الشريعة؛ للتمييز بين طرفـي الـدعوى، وأنتجت هنا تمييزاً صحيحاً، جاء على وفقه الحكم القضائي.

وبالنظر للشروط المطلوبة فـي أطـراف الـدعوى، ومـدى توافرهـا، ومراعاتها، يتبين أن شرط الأهلية متوافر لأطرافها بحكـم الأصـل كمـا تقـدم، والمدعي هنا هو وكيل، والوكالة إحدى صور النيابة التي تتحقـق بهـا مباشـرة الدعوى، وشرط الصفة متوافر للمدعي بحكم وكالته على ما تقدم، وتحقـق فـي المدعى عليه كونه خصم لو أقر بما ادعى به المدعي للزمه المدعى به، وتـوافر

شرط التعيين؛ كونه أمر متطلب في صحيفة الدعوى، وقد تحققـت الغايـة منـه بحضور الخصوم مجلس الحكم.

وقد تبين توافر الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى في هـذه الـدعوى، ومراعاتها من جانب ناظر القضية، وإن لم ينص عليها صراحة؛ بحكم أنـه لـم يعرض ما يخرج بها عن الأصل المفترض من تحققها.

القضيـة الخامسـة

دعوى ضمان إتلاف وإبراء

تاريخ القضية: ١٤٢٥/١٢/١٩هـ

رقم الجلد: ٢٥

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية:

حضر المدعي وحضر لحضوره المدعى عليه، وادعى المدعي بأنه كـان يقود سيارته نوع (مكسيما) على طريق الحاير بتاريخ ../../....هـ، وقد خـرج عليه المدعى عليه بسيارة (تريله) كان يقودها؛ خروجاً غير نظامي، وذكر انه مع محاولة المدعي تلافي التصادم، إلا أن ذلك أدى إلى انقلاب سيارته، وحصل بهـا تلفيات قدرت بمبلغ واحد وعشرين ألفا ومائتان وعشرة ريالات، ويطلـب الحكـم على المدعى عليه؛ بان يدفع هذا المبلغ له؛ لأن نسبة الخطأ بالحادث تقـع كاملـة عليه.

وبسؤال المدعى عليه أقر بصحة ما جـاء فـي دعـوى المـدعي جملـةً وتفصيلاً؛ لكنه ادعى أنه فقير، ومعسر، ولا يملك المبلغ المدعى بـه. ثـم قـال المدعى: أنه مسقط دعواه تجاه المدعى عليه، ولن يطالبه بالمبلغ المدعى به، لا في الحاضر، ولا في المستقبل، رجاء الأجر، والثواب من الله عز وجل.

الحكم وأسبابه:

وبناء على ما تقدم فقد ثبت لدى ناظر القضية إسقاط المدعي لدعواه تجـاه المدعى عليه وبذلك حكم، وبعرض الحكم على الطرفين قنعا به.

دراسـة القضية:

المدعي في هذه الدعوى هو الطالب، فله الخيـار فـي تـرك دعـواه، أو مواصلة السير فيها، فالحق له، لأنه يطلب إثبات تسبب المدعى عليـه بـالإتلاف لمركبته، ومن ثم الحكم عليه بضمان ما تسبب في إتلافه، وهو يـدعي بخـلاف

الأصل، والظاهر، فالأصل براءة ذمة المدعى عليه، والغالب أن الناس تقوم بتأدية ما عليها من حقوق، فالمدعي بذلك أضعف سبباً من المدعى عليه.

والمدعى عليه هو المطالب، فليس له ترك الدعوى، أو التنصل من الإلتزام بالحكم الصادر فيها، وهو مقر بما جاء في دعوى المدعي، ويصح منه الإنكـار، وجانبه أقوى من جانب المدعى عليه على ما تقدم. وظهر بذلك انطبـاق القواعـد التي قررها فقهاء الشريعة؛ للتمييز بين أطراف الدعوى على هذه الدعوى، وتبين إنتاجها لتمييز صحيح بين طرفيها.

وبالنظر للشروط المطلوبة في طرفي الدعوى، يتبين توافر شرط الأهليـة بحكم الأصل في طرفي الدعوى، مع أن الدعوى دعوى ضمان؛ لا يشترط فيهـا التكليف، وشرط الصفة متوافر فيهما بحكم الإدعاء، والجواب عنه على ما تقدم في التمييز بينهما، وقد تعين أطراف الدعوى من خلال صحيفة الدعوى، وقد تحقـق الغرض المقصود بحضورهما مجلس الحكم. وبهـذا يتبـين مراعـاة الـشروط المطلوبة، وتوافرها فيهما على ما قرره فقهاء الشريعة.

القضيـــة السادســة

دعـوى عـين منقـــولة

تاريخ القضية: ١٤٢٦/١/٣هـ

رقم الجلد: ٢٦

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية:

حضر المتداعيان، وادعى المدعي منهما بأنه اشترى من طرف ثالث سيارة جيب، بثمن قدره ستون ألف ريال، وسلمه كامل القيمة، وتسلم الـسيارة، وهـذه السيارة اشتراها الطرف الثالث من ابن المدعى عليه، إلا أن ملكيتها لم يتم نقلهـا باسم المشتري، وقد طلب المدعي من المدعى عليه نقل الملكية باسمه، فوافق، ثـم طلب استمارة السيارة على هذا الأساس، ثم عاد، ورفض نقل الملكية، وادعـى أن له في ذمة الطرف الثالث مبلغاً مالياً من قيمة السيارة لم يتسلمه.

وبعرض هذه الدعوى على المدعى عليه، ذكر بأن ابنه باع هذه السيارة من ثلاث سنوات على الطرف الثالث، بثمنٍ قدره خمسةً وثمانين ألف ريال، تسلم منها عشرون ألفاً فقط، وادعى أنه قد أجاز لابنه تصرفه هذا بـالبيع؛ إلا أن الطـرف الثالث خدع ابنه؛ حيث وعده بالسداد، ونقل الملكية؛ لكنه لم يلتزم بالسداد، وذكـر أنه لا مانع لديه من نقل ملكية هذه السيارة للمدعي، إذا أحضر له الطرف الثالـث في المجلس الشرعي، وطلب حجز السيارة لحين انتهاء الخصومة.

وبعرض ذلك على المدعي، ادعى العجز عن إحضار الطرف الثالث، ثـم هو ليس كفيلاً له حتى يحضره. وبعرض ذلك على المدعى عليه، ذكر أن السيارة تحت يد المدعي، وحضر ابن المدعى عليه في الجلسة، وصدق والده فيما قال. ثم قال المدعي أنه عندما حصلت هذه المشكلة، رجع على الطرف الثالث، وقام بإلغاء المبايعة التي بينهما، وأعاد له الطرف الثالث ثلاثون ألفاً من قيمة السيارة، وتبقـى في ذمته ثلاثون ألفاً أخرى، اشترط لإرجاعها تسليمه استمارة السيارة التي بحوزة المدعى عليه، وطلب الحكم بتلسيمه هذه الاستمارة، ورفض المدعى عليه ذلك.

الحكم وأسبابه:

حكم القاضي بعدم استحقاق المدعي لما يدعيه تجاه المدعى عليه، وصرف النظر عن الدعوى، وأفهم المدعي، والمدعى عليه أن من كان له حق على الطرف الثالث (وهو مقيم خارج الاختصاص المكاني للقاضي حسب قولهما)، فعليه أن يقيم الدعوى عليه مباشرة في محل إقامته، كما أن الطرف الثالث على حقه فيما يرى أنه حق له تجاه أي من الطرفين. وأسبابه عدم تحقق صفة الخصومة في المدعى عليه، وإن كان لابد من إدخاله؛ لكن الخصم الحقيقي خارج عن الإختصاص المكاني للمحكمة. وبعرض الحكم على الطرفين قنعا به.

دراسة القضية:

وفي دعوى العين هذه لو طبقت قواعد الفقهاء لمعرفة مدى انطباقها على هذه الواقعة، ومدى مراعاتها عند نظر القضية، يتبين أن المدعي يملك الحق في ترك الدعوى، وتوقف جميع إجراءاتها، وهو هنا يطالب إثبات ملكيته للسيارة؛ من خلال نقلها باسمه؛ لأن إثبات الملك لا تكفي فيه الحيازة هنا، ما لم يوثق، ويكتب، والمدعي يدعي بخلاف الأصل، والظاهر؛ لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه من أي حق، أو التزام تجاه المدعي، والأصل كذلك أن يتوجه طلب المدعي على الطرف الثالث؛ الذي اشترى منه السيارة، لا إلى طرف آخر، لأن الظاهر، والغالب أن هذا الإجراء يتم مباشرة بمجرد حصول المبايعة، ولا يبقى هذه المدة الطويلة دون تدخل من طرف من الأطراف، فالمدعي أضعف جانباً من المدعى عليه.

والمدعى عليه ليس له الخيار في ترك الدعوى، أو إيقاف إجراءاتها، بالإضافة إلى أنه مقر ببيع السيارة لطرف ثالث؛ لكنه بيع لم يستوف فيه كامل القيمة، وهو منكر لصحة البيع من الطرف الثالث للمدعي، كما أنه يعتضد بالأصل، والظاهر على ما تقدم، فجانبه أقوى من المدعي، مما يدل على اضطراد الضوابط السابقة، وانطباقها على هذه الواقعة.

وبالنظر لتوافر الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى؛ يتبـين أن شـرط الأهلية متوافر بحكم أنه الأصل، ولم ينص على خلافه في كلا طرفي الـدعوى، وأما ما يتعلق بشرط الصفة، فهو متوافر في المدعي، وإن كانت العين فـي يـده؛ لمطالبته بإجراء يترتب عليه صحة التصرف في العين، وبقائها في يـده دون أن يعكر صفو هذا البقاء أي شيء، فهو مدعٍ لنفسه، وكذا يقال في حق المدعى عليه، فهو الخصم، وإن كانت العين ليست في يده؛ لأن بقاءها مسجلة باسمه يدل علـى الملك، فأشبه ما لو كانت في يده، والمدعى عليه التابع (ابن المدعى عليه)؛ هـو وكيل في التصرف، فهو مأذون له، فتصح مخاصمته، وشرط التعيين قد تحقـق؛ فلا جهالة في أطراف الدعوى، وقد تحقق الغرض المقصود من ورائـه، حيـث حضر الخصوم ماعدا الطرف الثالث؛ وهو بحكم المدعى عليه، فتقام الدعوى عليه في بلد إقامته؛ كونه خارج عن الاختصاص المكاني للمحكمة. وبذلك تبين مراعاة شروط أطراف الدعوى في هذه القضية، وتحققها فيهم.

القضيـــة السابعـة

دعـوى تطليق للغـيبة والضـرر

تاريخ القضية: ١٤٢٦/٢/٢هـ

رقم الجلد: ٢٦

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع الدعوى

حضرت المدعية؛ والمعرف بها من قبل الشاهدين (الأول)، و (الثاني)، وادعت على الغائب عن مجلس الحكم، أنه زوج لها، ولها منه عشرة أولاد ذكور، وخمس بنات، وقد اثبتت زواجها منه بموجب صك شرعي صادر مـن المحكمـة الكبرى بمكه برقم ... وتاريخ ../../....هـ، وقد تغيب منذ أزمة الخليج الثانيـة؛ أي منذ حوالي خمسة عشر عاماً، ولم تعد تعرف له أي مكان، لذا فهي تطلب فسخ نكاحها منه؛ كونها متضررة، ولا تستطيع الاستدانة على ذمته. وقد جرى الإعلان بجريدة (...) في عددها رقم ... وتاريخ ... المتضمن؛ أن على المدعى عليه، أو من يعرف عنه شيئاً، مراجعة المحكمة، خلال مدةٍ أقـصاها شـهر مـن تـاريخ الإعلان، وإلا فإنه سوف يتم الإيجاب الشرعي حيال طلب المدعية، وقد مـضت المدة المقررة للإعلان، وزيادة ولم يراجع المدعى عليه، أو وكيل شرعي عنه، أو من يعرف عنه شيئاً. وقد أحضرت المدعية كل من (الشاهد الأول)، و (الشاهد الثاني)، وشهدا بأنهما يعرفان المدعية، وزوجها المدعى عليه معرفةً تامـةً، وان المدعى عليه زوجها؛ قد تغيب منذ أزمة غزو العراق للكويت، منذ مـا يقـارب الخمسة عشر عاماً تقريباً، وأنهما لا يعرفان له مقراً فـي الوقـت الحـالي، وان المدعية متضررة من بقائها على ذمته، وأنها لا تستطيع الاستدانة على ذمته، وقد عدل الشاهدان من قبل (المعدل الأول)، و (المعدل الثاني). ثم حلفت المدعيـة بالله العظيم؛ أن زوجها المدعى عليه متغيب منذ أزمة الخليج الثانية، مـن قرابـة الخمسة عشر عاماً، ولا تعرف له موقع إقامة، ولم تصلها منه أية أخبـار، وهـي متضررة من بقائها على ذمته في الوقت الحالي، ولا تستطيع الاستدانة على ذمته.

الحكم وأسبابه

وبناء على ما تقدم من دعوى المدعية، وما جاء في شهادة الشاهدين المعدلين، وحلف المدعية على نحو ما سبق أعلاه، وحيث جرى الإعلان بجريدة (...)، ومضت المدة المقررة للإعلان، وزيادة، ولم يراجع المدعى عليه، أو وكيله، أو من يعرف عنه شيئاً.

وجرى إطلاع ناظر القضية؛ على صورة من سجل صك زواج المدعية من المدعى عليه، لذلك كله ثبت لدى ناظر القضية؛ تغيب المدعى عليه، وتضرر المدعية من بقائها على ذمته. لذا فسخ نكاحها منه وبذلك حكم، وبعرض الحكم على المدعية قنعت به، وجرى إفهام المدعية أنها بانت من زوجها المدعى عليه؛ بينونة صغرى، وان عليها العدة الشرعية، وهي ثلاثة أشهر، تبدأ من تاريخ الفسخ، حيث قررت أنها آيسة من المحيض؛ كما أفهمت أنها لا تتزوج من غير المدعى عليه، إلا بعد خروجها من العدة، واكتساب هذا الحكم صفة القطعية.

دراسة القضية

المدعية في هذه الدعوى تدعي، وتطالب بفسخ نكاحها من المدعى عليه المفقود، والمتغيب عن مجلس الحكم؛ لتضررها ببقائها على ذمته، فلها الخيار في ترك دعواها، أو السير فيها، وهي تدعي بخلاف الأصل، والظاهر، فالأصل أن لا يتغيب الزوج عن زوجه هذه المدة الطويلة، إذا كان على قيد الحياة، وهي لم تدع وفاته، ولم تذكر أن غيبته مما تغلب عليها السلامة، أو لا، والظاهر أنها لا تتضرر من بقائها على ذمته، وهي في مثل هذا السن، فجانبها في هذه الدعوى أضعف من جانب المدعى عليه.

والمدعى عليه مفقود، ومتغيب عن مجلس الحكم، وهو المطلوب منه، فليس له، أو لمن ينوب عنه، الحق في ترك الدعوى؛ بحيث تتوقف جميع إجراءاتها، فهي تسير، ولو مع تغيبه على ما رجحه جمهور الفقهاء، ولو حضر لصح منه الإقرار، والإنكار، وجانبه أقوى من جانب المدعية، فهو معتضد بالأصل، والظاهر على ما تقدم. وبذلك يتبين أن الضوابط التي قررها فقهاء الشريعة؛

للتمييز بين أطراف الدعوى، انطبقت على واقعة الدعوى هذه، وأنتجـت تمييـزاً صحيحاً.

وبالنظر لتوافر الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى، ومدى مراعاتهـا، يتبين توافر شرط الأهلية في الطرفين كليهما، وتغيب المدعى عليه المفقود لـيس من العوارض التي تتوجه على الأهلية، والمفقود لم يتبين حاله فهو على الأصـل، وشرط الصفة متوافر للمدعية؛ كونها أحد طرفي عقد الزوجية، وفي المدعى عليه كونه الطرف الآخر، من خلال البينة التي أحضرت في الدعوى، وتـوافر شـرط التعيين في المدعية بحضورها، وادعائها، وبالبينة التي أحضرت، وكما تقدم أنـه لابد من التعيين في صحيفة الدعوى، قبل النظر في موضوعها، والمـدعى عليـه تعين بالبينة كذلك، وكونه مفقوداً، فإنه يأخذ أحكام الغائب، لأنه لم يتبين حاله، ولم يعرف ما يغلب على غيبته، والحكم عليه هنا على مذهب الجمهور، خلافا للحنفية في اشتراط الحضور للدعوى، أو للحكم فيها. وبذلك يتبين توافر هـذه الـشروط، ومراعاتها في أطراف الدعوى.

الدعوى الثامنـة

دعوى تطليق على مال (خلع)

تاريخ القضية: ١٤٢٦/٢/٤هـ

رقم الجلد: ٢٦

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية

ادعت الزوجة (وهي حاضرة برفقة والدها) على زوجهـا الحاضـر فـي مجلس الحكم؛ أنه قد دخل بها الدخول الشرعي، ولها منه على فـراش الزوجيـة ولدان، وقد ساءت العشرة الزوجية بينها، وبينه؛ حيث أنها منذ ما يزيد على سنة، وهي في بيت أهلها، لذا تطلب تطليقها منه.

وأقر المدعى عليه بصحة ما ادعت به؛ لكنه رفض تطليقها، وهو لا يمانع مخالعتها، إذا أبرأته من جميع حقوقها المالية التي لها في ذمته، والسابقة قبل تاريخ الدعوى، بما في ذلك نفقتها، ونفقة أولادهما عن المدة الماضية.

وبعرض ذلك على المدعية قالت: بأنه لا مانع لديها من ذلـك. ثـم تلفـظ المدعى عليه قائلاً: خالعت زوجتي هذه الحاضرة، وسماها مقابل أن تبرئني مـن جميع حقوقها المالية التي لها في ذمتي، والسابقة لهذا التاريخ، بما في ذلك نفقتها، ونفقة أولادي منها عن المدة الماضية، ثم تلفظت المدعية قائلة: قبلت هـذا الخلـع ورضيت به وقد شهد على هذا الحضور.

الحكم وأسبابه

وبناء على ثبوت صحة هذا الخلع ولزومه حكم به القاضي، وأسبابه هي ما جاء في دعوى المدعية، وموافقة المدعي لإجابتها إذا أبرأته من جميـع حقوقهـا، ونفقتها، ونفقة أولادهما السابقة لتاريخ الدعوى. وإجابة المدعية بالتنازل عن كامل حقوقها، ونفقتها، ونفقة أولادهما حتى تاريخ الدعوى، وقيام المدعى عليه بتطليقها طلقة واحدة. وبعرض الحكم على الطرفين قنعا به، ثم جرى إفهام المدعيـة أنهـا بانت من زوجها المدعى عليه بينونة صغرى؛ لا تحل له إلا بعقـد جديـد، بعـد

اكتمال أركان النكاح، وشروطه، وانتفاء موانعه، وأن عليها العدة الشرعية حسب حالها.

دراسة القضية

في دعوى الخلع هذه، يتبين أن المدعية هي المطالِب فيها، فلها على ذلك الخيار في ترك الدعوى، أو مواصلة السير في إجراءاتها، وهي تلتمس بدعواها إثبات سوء العشرة مع زوجها (المدعى عليه)، من أجل الحصول على التطليق، ودعواها جاءت بخلاف الأصل، والظاهر، فالأصل أن الزوج يحسن عشرة زوجه، والظاهر أنه مع وجود الولد أن ذلك مدعاة إحسان العشرة، فيكون جانب المدعية أضعف من جانب المدعى عليه.

والمدعى عليه في هذه الدعوى مطالَب، وهو مقر بصحة ما جاء في دعوى المدعية، وليس له الخيار في ترك الدعوى، أو التنصل من الامتثال للحكم الصادر فيها، مع أن جانبه معتضد بالأصل، والظاهر على ما تقدم، فهو أقوى جانباً من المدعية. وبذلك يتبين أن الضوابط قد انطبقت على القضية المعروضة، وأنها منتجة لتمييز صحيح بين طرفي الدعوى.

وبالنظر للشروط المطلوبة في أطراف الدعوى، ومدى توافرها و مراعاتها؛ يتبين أنه لم تجر الإشارة إلى ما يتعلق بكون المتداعيين بكامل أهليتهما المعتبرة، وذلك جرياً على انه الأصل في كل بالغ، ولا يحتاج بلوغ الطرفين هنا إلى إثبات لوضوحه. والدعوى دعوى تطليق، فالمدعي هو الزوجة، والمدعى عليه هو الزوج، والأمر هو كذلك هنا، فتحققت الصفة لهما. وشرط التعيين متوافر، بحكم أنه أمر متطلب في كل دعوى، قبل البت في موضوعها، وقد تحققت الغاية المنشودة منه، بحضور طرفي الدعوى. وقد تبين مراعاة الشروط في أطراف الدعوى، وتوافرها، وإن لم ينص على ذلك في صك الحكم، أو ضبط الدعوى؛ على اعتبار أنه أمر مفترض، ومتطلب، ولا يقضى إلا على أساس تحققه.

القضيـــة التاسعـة

دعوى دين في الذمة

تاريخ القضية: ١٤٢٦/٢/١١هـ

رقم الجلد: ٢٦

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية

حضر المدعي الممثل لشركة تجارية بصفته وكيلا عنها، بموجـب وكالـة شرعية، وحضر لحضوره المدعى عليه، وادعى الأول أن المدعى عليه اشـترى من الشركة موكلته سيارة بيجو صنع عام ٢٠٠٤م؛ بثمن قدره ستة وخمسون ألفـا وأربعمائة وثلاثون ريالاً، وقد حل عليه من قيمـة هـذه الـسيارة ثمانيـة آلاف وثلاثمائة وستون ريالاً، والباقي على دفعات شهرية؛ كل شـهر ألـف وخمـسة وأربعون ريالاً، لذا يطلب الحكم عليه بالدفع للشركة موكلته، قيمة هـذه الـسيارة على نحو ما ذكره في دعواه. وأقر المدعى عليه بصحة مـا جـاء فـي دعـوى المدعي، ولا مانع لديه من سداد المال الحال، والالتزام بسداد الباقي وقت حلوله.

الحكم وأسبابه

حكم القاضي للمدعي على المدعى عليه بأن يدفع مبلغ ستة وخمسون ألفـاً وأربعمائة وثلاثون ريالاً، منها ثمانية آلاف وثلاثمائة وستون ريالاً حالة الوفـاء، والباقي على دفعات شهرية بواقع ألف وخمسمائة وأربعون ريالاً. وأسبابه ما جاء في دعوى المدعي، وإقرار المدعى عليه بصحة ما جاء فيهـا، والتزامـه بـسداد الحال فوراً، والمؤجل وقت حلوله. وقد قنعا بالحكم بعد عرضه عليهما.

دراسـة القضية

في هذه الدعوى المدعي هو ممثل لشركة تجارية، وله الخيار فـي تـرك الدعوى كما هو حال أي مدع في أي دعوى (بإذن المدعي الأصيل)، وهو يطالب بإثبات الدين (قيمة السيارة) في ذمة المدعى عليه، وإلزامـه بـسداده، ودعـواه جاءت بخلاف الأصل، والظاهر، فالأصل براءة ذمة المدعى عليه من أي التـزام

تجاه المدعي، والظاهر أن من يشتري سلعة، فإنه يبادر إلى سداد قيمتهـا، وبهـذا يكون موقفه أضعف من المدعى عليه، فهو المدعي إذاً.

بينما المدعى عليه هنا ملزم بالدعوى، وما يصدر فيها من حكم، أو قرار؛ لأنه مطالب فيها، ومطلوب منه، ومع إقراره إلا انه يصح منه الإنكـار، وجانبـه يعتضد بالأصل، والظاهر على ما تقدم فهو أقوى. وقد ظهر توافق الواقع على ما قرره فقهاء الشريعة من ضوابط، وتبين اضطرادها في مختلف الدعاوى.

وبالنظر للشروط المطلوبة في أطراف الـدعوى، ومـدى مراعاتهـا، أو توافرها في هذه الدعوى؛ يتبين أن شرط الأهلية متوافر لجميـع أطرافهـا بحكـم الأصل، ولم ينص على يعارضه. وتحقق شرط الصفة في المدعي؛ كونـه ممثـل ناب عن الجهة الاعتبارية (الشركة) وهي المدعي الأصيل، وتوافرت الصفة في المدعى عليه، وهو شخص طبيعي، والذي لو أقر للزمه المدعى به، وقد أقر بذلك فهو المدعى عليه على القاعدة. وتوافر شرط التعيين للطرفين، وتحققت الغاية منه بحضور الخصوم مجلس القضاء. وقد تبين مراعاة تلك الـشروط المعتبـرة فـي أطراف الدعوى على ما تقرر عند فقهاء الشريعة.

القضيـــة العاشـرة

دعـوى تطـليق غير مدخـول بهـا

تاريخ القضية: ١٤٢٦/٢/٢٣هـ

رقم الجلد: ٢٦

المحكمة: المحكمة العامة بالرياض

وقائع القضية

حضرت المدعية برفقة أخيها، وحضر لحضورها المدعى عليه، وادعت أن المدعى عليه؛ هذا الحاضر معها زوج لها؛ حيث عقد عليها بولاية أخيها الحاضر معها، على مهر وقدره أربعون ألف ريالاً، إلا أنه لم يدخل بها الدخول الـشرعي، ولم يخل بها الخلوة الشرعية، وقد تبين لها أنه لا يناسـبها، لـذا تطلـب إلزامـه بتطلقيها، مع العلم أنها لم تتسلم من مهرها شيئا. وبسؤال المدعى عليه عما جـاء في دعوى المدعية، أقر بصحته، وأنه لم يدخل بالمدعية الدخول الـشرعي، ولـم يخل بها الخلوة الشرعية، ولم يسلمها المهر (المـسمى)، ولا مـانع لديـه مـن تطليقها، إذا أبرأته من المستحق لها من المهر. وبعرض ذلـك علـى المدعيـة، ذكرت: أنه لا مانع لديها من ذلك. ثم تلفظ المدعى عليـه قـائلاً: زوجتـه هـذه الحاضرة طالق، مقابل إبرائها له من مهرها الذي في ذمته. ثم قالت المدعية: قبلت ذلك، ورضيت به. وكان ذلك بحضور الكاتب والشهود.

الحكم وأسبابه

حكم ناظر القضية بثبوت طلاق المدعى عليه لزوجته المدعية على الصفة المذكورة أعلاه، وذلك لما جاء في دعوى المدعية، وموافقة المدعى عليه لإجابـة طلبها بشرط إبرائه من حقوقها في ذمته، ولإقرارها بتنازلها عن حقوقها التي لهـا في ذمته، قام المدعى عليه بتطليق المدعية طلقة واحدة. وقد جرى إفهام المدعيـة أنها بانت من زوجها المدعى عليه ببينونة صغرى، وأنه لا عدة شرعية عليها لعدم الدخول والخلوة.

دراسـة القضية

يظهر في هذه الدعوى أن المدعية ليست مجبرة على الدعوى، ويحق لهـا تركها، فهي هنا المطالب بإثبات عدم مناسبة (كفاءة) المدعى عليه (زوجها) لها، والحكم لها بتطليقها منه، والمدعية تدعي بخلاف الأصل، والظاهر، فالأصل فـي المسلمين أنهم أكفاء لبعضهم، والظاهر أن أوليائها لم يقبلوا به إلا، وهو مناسـب لهم، وكفؤ، فجانبها هنا أضعف من جانب المدعى عليه.

والمدعى عليه ليس له الخيار في ترك الدعوى، بل هو مقر، ويصح منـه الإنكار، وجانبه أقوى؛ كونه يعتضد بالأصل، والظاهر على ما تقدم، فهو أقوى من المدعية. وبما تقدم يتبين أن القواعد التي قررها فقهاء الشرع، قد أنتجت في هـذه الدعوى، وتميز من خلال تطبيقها المدعي من المدعى عليه.

وبالنظر لتوافر الشروط المطلوبة في أطراف الدعوى، ومدى مراعاتهـا، يتبين أن شرط الأهلية متوافر في طرفي الدعوى بحكم الأصل، فهـم أشـخاص طبيعيون، ولم يظهر ما يخالف ذلك الأصل، وحضور أخ المدعية للمحرميـة، لا للولاية. وشرط الصفة متوافر لهما بحكم أنهما طرفي عقد الزوجيـة، والـدعوى متعلقة بالعلاقة المترتبة على هذا العقد. وشرط التعيين لطرفي الدعوى متـوافر، وحصل الغرض المقصود به بحضور الخصوم مجلس الحكم. وعليـه فالـشروط متوافرة، وإن لم ينص عليها في صك الحكم، أو ضبط القاضي، كونها جارية على الأصل الإفتراضي بوجودها، والإشارة تحصل عند وجود عارض يعرض لـذلك الأصل.

الخـاتمـة

وتتضمن ما يلي:

- **النـتـائج.**
- **التوصـيات.**

أولاً: نتـائج الدراسـة

تتلخص نتائج الدراسة في الآتي:

١ـ أن أطراف الدعوى هم أطراف النزاع فيها وهم المدعي والمدعى عليه

٢ـ أن المعرفة الدقيقة بالمدعي والمدعى عليه، وكيفية التفريق بينهما، أمر مشكل ويصعب الوصول فيه لحد قاطع، يكون جامعاً مانعاً؛ لكن تحصيل أكبر قدر ممكن من الصفات المميزة لكل واحد منهما، هو من الإسـتطاعة المـأمور بهـا، ولذلك ينبغي أن ينظر في الحدود التي وضعها الفقهاء، وفي القاضي، فـإن كـان القاضي ممن يتميزون بالفطنة والذكاء، فإنه يلجأ إلى الحدود الدقيقة التي رسـمت أمارات التمييز كالحد الثاني المتعلق بمعرفة المتمسك بالأصل أو الظـاهر، فـإن الشأن فيه أن تظهر نتيجته بعد سبر الدعوى وسماع تفاصيلها، أما إن كـان دون ذلك فإن الحد الأول المتعلق بمعرفة من يحق له ترك الدعوى، والحـد المتعلـق بمعرفة من هو الطالب ومن هو المطالب، هو الحل الأمثل والأسهل للتمييز بـين طرفي الدعوى.

٣ـ أن التمييز بين طرفي الدعوى من الأهمية بمكان، فهي تنطلـق مـن اختلاف الأحكام والآثار المترتبة على كل منهما، فأهل العلم اتفقوا على أن لكـل منهما أحكام تخصه، وهذه الأحكام يترتب عليها أن تكون منتجة فـي الـدعوى، وحيث ينبغي أن تكون النتيجة صحيحة وسليمة، فلابد أن نعرف من هو المـدعي ومن هو المدعى عليه على الحقيقة.

٤ـ أن لكل من المدعي والمدعى عليه شروطاً ينبغي تحققها قبل الخوض في موضوع الدعوى، وعدم توافرها أو توافر بعضها في أطـراف الـدعوى أو احدهم، يترتب عليه عدم قبول الدعوى وتوقف جميع إجراءاتها.

٥ـ أن الأهلية شرط مستقل وينبغي توافره في طرفي الدعوى، فلا تقبـل الدعوى إلا من بالغ عاقل غير مجنون أو معتوه أو سكران أو صبي غير مميز أو رقيق غير مأذون أو مكره أو سفيه فيما لايصح إقراره به باتفـاق أهـل العلـم ، وتصح الدعوى من الصبي المميز المأذون له في الدعوى على الراجح من قـولي أهل العلم ، وكذا العبد المأذون له تصح دعواه. وتصح الدعوى كذلك عليهم.

وأن الدعوى على الميت إنما تصح في مواجهة خصم وارث ، والـدعوى للميت هي دعوى الورثة بعد ثبوت إرثهم على من عنده حق للميت .

وأن الإلتزام بأحكام المسلمين شرط في قبول الدعوى، فالمعاهـد والـذمي والمستأمن تصح الدعوى منهم وتصح عليهم، وأما الحربي فلا تصح الدعوى منهم أو عليهم إلا في صور مستثناة ومحدودة، والمرتد كالحربي.

٦ـ أن الصفة شرط مستقل وهي تعنى أن يكون المدعي أو المدعى عليـه ذا شأن في الدعوى، وهذا الشرط يتحقق بمباشرة المدعي والمدعى عليه الأصليين للدعوى ، وكذلك في الأولياء والأوصياء والوكلاء وهم كلهم نواب عن أطـراف الدعوى الأصليين.

وأن الخصم في الدعوى هو كل من توجهت عليه دعوى بحيث لـو اقـر للزمه المدعى به فإنه ينتصب خصماً في حال الإنكار لإقامة البينة .

والمتدخل يأخذ حكم من تدخل في جانبه إن كان مدعياً أو مـدعى عليـه ، فإن كان داخلاً دخولاً استقلالياً بحيث يكون خصماً لطرفـي الـدعوى الأصـليين فيكون مدعياً في هذه الحال يلزمه أن يكون ممن توفرت فيه صفة المدعي ، مـع كونه أهلاً للتقاضي.

٧ـ أن المصلحة الشخصية المباشرة ليست شرطاً علـى المختـار لأنهـا تكرار لما جاء في شرط الصفة فضلاً عن كونها غير جامعة ولم يقل بها فقهـاء الشريعة كما هو الحال عند بعض شراح القوانين الوضعية ، ثم إن القـول بهـذا الوصف من أوصاف المصلحة لم يحظ باتفاق عند جميع الشراح بل ذكـر عليـه العديد من المآخذ والتي لا تؤخذ على شرط الصفة .

٨ـ أن حضور المدعي أو من يمثله شرط للحكم له وهي مـسألة محـل إجماع كما حكى ذلك بعض فقهاء الشريعة، وأما حضور المدعى عليه فهو واجب عليه لكنه ليس شرطاً في الدعوى، فتسمع الدعوى عليه والبينة بها؛ بـل ويحكـم عليه بالبينة هذا هو قول الجمهور وهو الأرجح من حيث الدليل، وهو مـا عليـه العمل في القوانين الوضعية والتنظيمات الحديثة كنظام المرافعات الشرعية.

٩ـ أن التعيين لأطراف الدعوى شرط لقبولها، فلا تقبل دعوى المجهـول ولا الدعوى على المجهول، لأنه لا يترتب على قبولها أي فائـدة، فمـن سـيلزم بالمدعى إن كان المدعى عليه مجهولاً ، ولمن سيلتزم المـدعى عليـه إن كـان المدعي مجهولاً .

١٠ـ أن القاضي هو المختص بالنظر في ثبوت هذه الشروط مـن عدمـه قبل الخوض في موضوع الدعوى ، وهو المختص كذلك بالتأكد مـن اسـتمرار توافرها حتى انتهاء الدعوى.

ثانياً: توصيات الدراسـة

من خلال هذه الدراسة أوصي بما يلي:

١ـ أن الحاجة داعية للنص على هذه الشروط صراحة في النظام، أو فـي لائحته التنفيذية، بحيث يكون النص فيها قاطعاً لخلاف الفقهاء في مواطن النزاع، لتعلق هذه الشروط بعمل اجرائي وهو ما وضع النظام لتنظيمه.

٢ـ أن الحاجة داعية لبيان توافر هذه الشروط من عدمـه فـي الأحكـام الشرعية الصادرة من المحاكم لاعتبارات عديدة منها خدمة البـاحثين ، واطـلاع ناظر القضية الخاف على تفاصيل كاملة ومهمة في الدعوى ، حيث أنني لم أقـف على حكم شرعي حصل النص فيه صراحة على أنه تم التأكد من توافر شـروط أطراف الدعوى في طرفيها.

الفهـارس العـامـة

وتتضمن فهرسـين هما:

١ـ فهـرس المراجـع والمصـادر.

٢ـ فهـرس الموضـوعـات.

فهـرس المصـادر والمراجـع

أولاً : تفسير القرآن الكريم

ـ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي، أحكام القرآن، تحقيق: قمحاوي، محمد الـصادق، دار احياء التراث العربي، بيروت، ١٤١٢هـ.

ـ ابن الجوزي، أبو الفرج عبد الرحمن بن علي، زاد المسير، المكتب الإسـلامي، بيـروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.

ـ الراغب الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد، المفردات في غريب القـرآن، تحقيـق: كيلاني، محمد سيد، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى.

ـ الزمخشري، محمود بن عمر، الكشاف عن حقائق غوامض التنزيل وعيون الأقاويـل فـي وجوه التأويل، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى.

ـ الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل آي القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

ـ ابن العربي، ابو بكر محمد بن عبد الله، أحكام القرآن، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى.

ـ القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أحمد ، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٣هـ.

ـ ابن كثير، أبو الفداء، اسماعيل بن عمر، تفسير القرآن العظيم، دار الدعوة، تركيا، الطبعـة الأولى.

ثانياً : كتب الحديث

ـ ابن الأثير، مجدالدين المبارك بن محمد الجزيري، النهاية في غريب الحديث والأثـر، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.

ـ الألباني، محمد ناصر الدين، إرواء الغليل في تخريج أحاديـث منـار الـسبيل، المكتـب الإسلامي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.

ـ الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف سنن أبي داوود، المكتب الإسلامي، الطبعة الأولـى، ١٤١١هـ.

ـ الألباني، محمد ناصر الدين، ضعيف سنن النسائي، المكتب الإسلامي، الطبعـة الأولـى، ١٤١١هـ.

ـ البخاري، محمد بن اسماعيل، صحيح البخاري، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ١٤٢٩هـ.

ـ البزار، أبوبكر عمرو بن عبدالخالق، البحر الزخار المعروف بمسند البزار، تحقيق: زين الله، محفوظ الرحمن، مكتبة العلوم والحكم، المدينة المنورة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
ـ البغوي، الحسين بن مسعود، شرح السنة، تحقيق: الأرناؤوط، شعيب، والشاويش، محمد زهير، المكتب الإسلامي، ١٤١٦هـ.
ـ البوصيري، أحمد بن أبي بكر، مصباح الزجاجة، دراسة: الحوت، كمال يوسف، دار الجنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
ـ البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، السنن الكبرى، وبذيله: ابن التركماني، علاء الدين بن علي، الجوهر النقي، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٣هـ.
ـ الترمذي، أبوعيسى، الجامع الصحيح، تحقيق وتخريج: محمد فؤاد عبد الباقي، وآخرون، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ.
ـ ابن الجارود، عبدالله بن علي، المنتقى، تحقيق: الحويني، أبي اسحاق، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
ـ ابن الجوزي، أبي الفرج عبدالرحمن، العلل المتناهية، دار الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
ـ الحاكم، أبو عبدالله محمد بن عبدالله، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: عطا، مصطفى عبدالقادر، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
ـ ابن أبي حاتم، أبو محمد عبدالرحمن الرازي، علل الحديث، تحقيق: المصري، أبو يعقوب نشأت بن كمال، مكتبة الضياء ومكتبة الفاروق الحديثة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
ـ ابن حجر، علي بن أحمد، بلوغ المرام، تخريج وتحقيق: الصبابطي، عصام الدين سيد، دار الحديث، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
ـ ابن حجر، أحمد بن علي، تقريب التهذيب، تحقيق: أبو الأشبال، صغير أحمد شاغف الباكستاني، دار العاصمة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
ـ ابن حجر، علي بن أحمد، التلخيص الحبير، اعتنى به: قطب، أبو عاصم حسن عباس، مؤسسة قرطبة، مصر الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
ـ ابن حجر، علي بن أحمد، تهذيب التهذيب، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
ـ ابن حجر، علي بن أحمد، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، دار السلام، الرياض، ودار الفيحاء، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
ـ ابن حجر، علي بن أحمد، لسان الميزان، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٧هـ.
ـ ابن حنبل، أحمد، المسند، بيت الأفكار الدولية، الرياض، ١٤٢٩هـ.

ـ ابن خزيمة، أبو بكر محمد بن اسحاق ، صحيح ابن خزيمة، تحقيـق: الأعظمـي، محمـد مصطفى، الطبعة الأولى١٣٩٥هـ.
ـ الدارقطني، علي بن عمر، سنن الدارقطني، علق عليه وخرج أحاديثه: الشورمي، مجـدي منصور، مكتبة عباس أحمد الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
ـ أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبو داود، راجعه: آل الشيخ، صالح بن عبدالعزيز، دار السلام، الرياض، الطبعة الأولى١٤٢٠هـ.
ـ ابن رجب، عبدالرحمن بن شهاب الدين، جامع العلوم والحكم، تحقيق: الأرناؤط، شـعيب، وباجس، ابراهيم، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
ـ الزيلعي، جمال الدين أبو عبد الله بن يوسف، نصب الراية، مكتبة الرياض الحديثة، الطبعة الثانية.
ـ الطبراني، أبي القاسم سلسمان بن أحمد، المعجم الكبير، تحقيق: السلفي، حمدي عبد المجيد، بغداد، وزارة الأوقاف والشئون الدينية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
ـ الطيالسي، أبو داوود، المسند، تحقيق: التركي، محمد عبدالمحسن، دار هجـر، القـاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م.
ـ ابن العربي، أبو بكر، محمد بن عبد الله، القبس في شرح موطأ مالك بن أنس، تحقيق: ولد كريم، محمد عبد الله، دار الغرب الإسلامي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
ـ ابن ماجه، محمد يزيد القزويني، سنن ابن ماجه، تحقيق: عبدالباقي، محمد فؤاد، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة.
ـ مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، دار المغني، الرياض، الطبعة الأولى١٤١٩هـ.
ـ النسائي، أحمد بن شعيب، السنن (المجتبى)، المكتبة العلمية، بيروت.
ـ النسائي، أحمد بن شعيب، السنن الكبرى، تحقيق: البنداري، عبدالغفار سليمان، وحسن، سيد كسروي، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
ـ النووي، يحيى بن شرف الدين، الأربعين النووية، الطبعة الأولى١٤١١هـ، بدون ناشر.
ـ النووي، يحيى بن شرف الدين، شرح صحيح مسلم، مؤسـسة قرطبـة، مـصر، الطبعـة الأولى، ١٤١٢هـ.
ـ االهيثمي، علي بن أبي بكر، كشف الأستار، تحقيق: الأعظمي، حبيب الـرحمن، مؤسـسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
ـ الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع البحرين في زوائد المعجمين، تحقيق: نـذير، عبدالقدوس محمد، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.

ـ الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، مجمع الزوائد ومنبع الفوائـد، تحقيـق: الـدرويش، عبدالله محمد، دار الفكر، بيروت، ١٤١٢هـ.
ـ الهيثمي، نور الدين علي بن أبي بكر، موارد الظمآن إلى زوائـد ابـن حبـان، تحقيـق: الأناؤوط، شعيب، والعرقسوسي، محمد رمضان، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولـى، ١٤١٤هـ.

ثالثاً : كتب اللغة

ـ الأصفهاني، أبو الفرج علي بن الحسين، الأغاني، تحقيق: عباس، احسان، وآخـرون، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
ـ الجرجاني، علي بن محمد، التعريفات، مكتبة دار الباز، مكة المكرمة، ١٤١٦هـ.
ـ الرازي، محمد بن أبي بكر، مختار الصحاح، مكتبة لبنان، بيروت، ١٩٨٧م.
ـ ابن فارس، أحمد، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: هارون، عبدالسلام، دار الجيـل، بيـروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
ـ الفيروز آبادي، محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، مؤسسة الرسـالة، بيـروت، الطبعـة السابعة، ١٤٢٤هـ.
ـ الفيومي، أحمد بن محمد بن علي، المصباح المنير، مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.
ـ مصطفى، إبراهيم، وآخرين، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، استنبول ١٣٩٢هـ.
ـ ابن منظور، محمد بن محرم، لسان العـرب، دار صـادر، بيـروت، الطبعـة الثالثـة، ١٤١٤هـ.

رابعاً : كتب الفقه والأصول والقواعد

ـ الآمدي، علي بن محمد، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق: عفيفي، عبد الرزاق، المكتـب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
ـ الأستروشيني، محمد بن محمود، جامع أحكام الـصغار، تحقيـق: البيزلـي، عبدالحميـد عبدالخالق، مطبعة النجوم الخضراء، بغداد، الطبعة الأولى، ١٩٨٢م.
ـ الإسنوي، جمال الدين أبو محمد بن الحسن، التمهيد في تخريج الفـروع علـى الأصـول، تحقيق: هيتو، محمد محسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٧هـ.
ـ الأسيوطي، جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، مطبعـة الـسن المحمديـة، الطبعة الثانية، ١٣٧٤هـ.

ـ الباجي، ابو الوليد سليمان بن خلف، رسالة بعنوان: معنى أل في قول الرسـول صـلى الله عليه وسلم البينة على المدعي، تحقيق: الظاهري، ابو عبد الرحمن بن عقيـل، مجلـة عـالم الكتب، الرياض، المجلد الثاني، العدد الأول، رجب، ١٤٠١هـ.
ـ البعلي، أبو عبد الله محمد، المطلع على أبـواب المقنـع، المكتـب الإسـلامي، بيـروت، ١٤٠١هـ.
ـ البهوتي، منصور بن يونس، كشاف القناع، تحقيق: عبد الحميد، إبراهيم أحمـد، دار عـالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ .
ـ التسولي، أبوالحسن علي بن عبدالسلام، البهجة في شرح التحفة، دار المعرفـة، بيـروت، الطبعة الثالثة، ١٣٩٧هـ.
ـ التمرتاشي، محمد بن عبدالله، مسعفة الحكام على الأحكام، تحقيـق: الزيـد، صـالح بـن عبدالكريم، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
ـ ابن تيمية، احمد بن عبد الحليم، القواعد النورانية الفقهية، تحقيق: الفقي، محمد حامد، مكتبة المعارف، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
ـ ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم، مجموع الفتاوي، جمع وترتيب: ابن قاسم، عبد الرحمن بن محمد، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، ١٤١٥هـ.
ـ آل تيمية، عبد السلام، وعبد الحليم، وأحمد، المسودة في أصول الفقه، جمعها: الحراني، أبو العباس أحمد بن محمد، تحقيق: عبد الحميد، محمد محيي الدين، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى.
ـ الجارم، محمد صالح، المجاني الزهرية على الفواكه البدرية، مطبعة النيل، مصر، بـدون طبعة.
ـ ابن جزي، محمد بن أحمد، القوانين الفقهية، تحقيق: الفـضيلي، عبـد الكـريم، المكتبـة العصرية، بيروت، بدون طبعة.
ـ الجصاص، أبو بكر أحمد بن علي الرازي، شرح أدب القاضي، تحقيق فرحـات زيـادة، مطبوع مع أدب القاضي للخصاف، بالجامعة الأمريكية بالقاهرة ١٩٧٧م، بدون طبعة.
ـ ابن حزم، أبومحمد علي بن أحمد، مراتب الإجماع، دار الآفاق الجديدة، بيـروت، الطبعـة الثالثة، ١٤٠٢هـ.
ـ ابن حزم، أبو محمد علي أحمد بن سعيد، المحلي بالآثار، تحقيق: عبـد الغفـار سـليمان البنداري، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٥هـ.
ـ الحصني، أبو بكر بن محمد، كتاب القواعد، تحقيق: البصيلي، جبريل بن محمـد، مكتبـة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

ـ الحصني، أبوبكر بن محمد الحسيني، كفاية الأخيار في حل غاية الإختصار، إدارة إحيـاء التراث الإسلامي، قطر، الطبعة الرابعة.
ـ الحطاب، ابن عبد الله محمد بن محمد المغربي، مواهب الجليل، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣هـ.
ـ حيدر، علي، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب، الحيسني، فهمي، دار عالم الكتـب، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
ـ الخرشي، محمد بن عبد الله بن علي، حاشية الخرشي على مختصر سيدي خليل، ضـبطه وخرج آياته وأحاديثه، عميرات، زكريا، دار الكتب العلمية، بيروت.
ـ حمزه، محمود، الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية، دار الفكـر، دمـشق، الطبعـة الأولى، ١٤٠٦هـ.
ـ الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد، الشرح الصغير على أقرب المسالك، دار المعارف، الطبعة الأولى.
ـ ابن أبي الدم، أبو اسحاق ابراهيم بن عبدالله، أدب القـضاء، تحقيـق: الزحيلـي، محمـد مصطفى، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٢هـ.
ـ الدمياطي، أبو بكر عثمان بن محمد، حاشية إعانة الطالبين، ضبطه وصححه، هاشم، محمد سالم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
ـ ابن رجب، أبو الفرج عبد الرحمن، القواعد في الفقه الإسلامي، مكتبـة دار البـاز، مكـة المكرمة، الطبعة الأولى.
ـ ابن رشد، محمد ابن أحمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج: حلاق، محمد صبحي، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، مكتبة العلم، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
ـ الرملي، محمد بن أحمد، نهاية المحتاج، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ.
ـ الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله، البحر المحيط، حرره: العاني، عبدالقادر عبد الله، وراجعه: الأشقر، عمر سليمان، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
ـ الزركشي، بدر الدين محمد بن بهادر، المنثور في القواعد، حققه: محمود، تيـسير فـائق، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
ـ الزركشي، محمد بن عبد الله، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، تحقيـق: الجبـرين، عبد الله، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
ـ الزريني، عبد الرحيم بن عبد الله، إيضاح الدلائل في الفرق بين المسائل، تحقيـق: عمـر السبيل، جامعة محمد بن سعود بالرياض، ١٤١٤هـ.

ـ السرخسي، محمد بن أحمد، أصول السرخسي، دار المعرفة، بيـروت، لبنـان، تحقيـق: الأفغاني، أبو الوفا، ١٣٧٢هـ.
ـ السرخسي، شمس الدين، المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ
ـ السقاف، علوي بن أحمد، ترشيح المستفيدين، دار احياء الكتب العربية، مصر.
ـ السمرقندي، علاء الدين، تحفة الفقهاء، دار الكتب العلميـة، بيـروت، الطبعـة الأولـى، ١٤٠٥هـ.
ـ السمناني، أبو القاسم علي بن محمد، روضة القضاة، تحقيق: الناهي، صلاح الدين، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٠٤هـ.
ـ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، الأشباه والنظائر، تحقيق: البغدادي، محمد المعتصم بالله، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
ـ الشاطبي، إبراهيم بن موسى، الموافقات في أصول الشريعة، تعليق: دراز، عبد الله، دراز، محمد عبد الله، ومحمد، عبد السلام عبد الشافي، دار الباز مكة المكرمة، الطبعة الأولى
ـ الشافعي، محمد بن ادريس، الأم، خرجه، مطرجي، محمود، دار الكتب العلمية، بيـروت، الطبعة الأولى.
ـ ابن الشحنة، أبو الوليد إبراهيم بن أبي اليمن، لسان الحكام، مطبـوع مـع معـين الحكـام للطرابلسي، مكتبة البابي، مصطفى، مصر، الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ.
ـ الشرقاوي، عبد الله بن حجازي، حاشية الشرقاوي على تحفة الطلاب، دار الفكر.
ـ الشربيني، محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر.
ـ الشوكاني، محمد بن علي، السيل الجرار، تحقيق: زايد، محمود إبراهيم، وزارة الأوقـاف المصرية، ١٤١٥هـ.
ـ الشوكاني، محمد بن علي، نيل الأوطار، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الأولى.
ـ الصاوي، أحمد محمد، بلغة السالك لأقرب المسالك، الدار الـسودانية للكتـب، الـسودان، الطبعة الأولى،١٤١٨هـ.
ـ ابن ضويان، ابراهيم بن محمد، منار السبيل، تحقيق: الفاريابي، أبو قتيبة نظر محمـد، دار السميعي، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ.
ـ الطرابلسي، أبو الحسن علي بن خليل، معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، مكتبة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٣هـ.
ـ الطوفي، سليمان بن عبد القوي، شرح مختصر الروضة، تحقيق، التركي، عبـدالله، وزارة الشئون الإسلامية، المملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ.

ـ ابن عابدين، علاء الدين أفندي محمد، حاشية رد المحتار على الدر المختـار، دار الفكـر، الطبعة الثانية، ١٣٩٩هـ.
ـ ابن عبد البر، أبو عمر يوسف بن عبد الله ، الاستذكار، تحقيق: سالم محمد عطا ومحمـد علي معوض، مكتبة عباس أحمد الباز، مكة المكرمة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
ـ ابن عبد الرفيع، أبو إسحاق إبراهيم بن حسن، معين الحكام على القضايا والأحكام، تحقيق: عياد، محمد قاسم، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ١٩٨٩م.
ـ ابن عبد السلام، أبو محمد عز الدين عبد العزيز، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مؤسسة الريان، بيروت، ١٤١٠هـ.
ـ العلائي، صلاح الدين خليل، المجموع المذهب في قواعد المذهب، رسالة بتحقيق: الفكـي، حسن أحمد، الجامعة الإسلامية بالمدينة النبوية، كلية الشريعة قسم الفقه، لعام ١٤١٤هـ
ـ العمادي، حامد بن علي بن إبراهيم، القول الأقوى في تعريف الدعوى، تحقيق: الحجيلـي، عبد الله بن محمد، مجلة عالم المخطوطات والنوادر، المجلد الأول، العـدد الأول، محـرم ، جمادي الآخرة ١٤١٧ هـ، الرياض، مكتبة الملك عبد العزيز العامة .
ـ العيني، أبو محمد محمود بن أحمد، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، الطبعـة الأولـى ١٤٠١هـ.
ـ ابن الغرس، أبو اليسر محمد بن محمد، الفواكه البدرية، مطبعة النيل، مصر، ومعه شرحه المجاني الزهرية للجارم.
ـ الغزالي، أبو حامد، الوجيز، شركة طبع الكتب المصرية، مصر، ١٣١٧هـ.
ـ الغزي، عيسى بن عثمان، أدب القضاء، مكتبة الباز، نزار مصطفى، مكة المكرمة الطبعـة الأولى، ١٤١٧هـ.
ـ الفتاوى الهندية وبهامشها الفتاوى البزازية للعلامة البزازي، محمد بن محمد بـن شـهاب الكردي، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الرابعة، ١٤٠٦هـ.
ـ الفتوحي، محمد بن أحمد، منتهى الارادات، ومعه حاشية النجدي، عثمان بن أحمد، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبدالمحسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
ـ ابن فرحون، ابراهيم بن محمد، تبصرة الحكام في اصول الأقضية ومناهج الأحكـام، دار عالم الكتب، الرياض، الطبعة الأولى.
ـ ابن القاص، ابو العباس أحمد بن ابي أحمد الطبري، أدب القاضـي، تحقيـق: الجبـوري، حسين خلف، مكتبة الصديق، الطائف، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
ـ ابن قطلوبغا، قاسم، موجبات الأحكام وواقعات الأيام، تحقيق، المعيني: محمد سعود، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية بالعراق، بغداد، ١٩٨٣م.

ـ ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر، إعلام الموقعين عن رب العالمين، عناية: إبراهيم، محمد عبد السلام، دار الكتب العلمية ،بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.
ـ ابن قيم الجوزية، أبو عبد الله محمد، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، حققه: عيـون، بشير محمد، مكتبة المؤيد، الطائف، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
ـ ابن قدامه، أحمد، الشرح الكبير مطبوع مع الإنصاف والمقنع ، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ.
ـ ابن قدامة، موفق الدين عبد الله ابن أحمد، الكافي، تحقيق: التركي، عبد الله، وزارة الشئون الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، الطبعة الثانية، ١٤١٩هـ.
ـ ابن قدامه، موفق الدين أبو محمد عبدالله بن أحمد، المغني، تحقيق: التركي، عبـدالله بـن عبدالمحسن، الحلو، عبدالفتاح محمد، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكـه العربيـة السعودية، الطبعة الثالثة، ١٤١٧هـ.
ـ القدوري، أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر، التجريد، تحقيق: سـراج، محمـد أحمـد، ومحمد، علي جمعه، دار السلام، مصر، الطبعة الأولى.
ـ القرافي، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي، الفروق ، وبهامشه تهـذيب الفروق، محمد بن علي بن حسين، دار عالم الكتب، بيروت.
ـ القليوبي، أحمد بن أحمد، حاشية القليوبي على شرح المحلي، ومعه حاشية عميـرة، أحمـد البرلسي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
ـ القنوجي، محمد صديق حسن خان، الروضة الندية، تحقيق: حلاق، محمد صبحي حـسن، دار الأرقم، بريطانيا، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
ـ القونوي، قاسم، أنيس الفقهاء، تحقيق: الكبيسي، أحمد، دار الوفاء، جدة، الطبعـة الثانيـة، ١٤٠٧هـ.
ـ الكاساني، علاء الدين أبو بكر بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الثانيـة، ١٤٠٢هـ.
ـ الكافي، محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلميـة، بيـروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
ـ اللبدي، عبد الغني ياسين، حاشية اللبدي على نيل المآرب، تحقيق وتعليق: محمد سـليمان الأشقر، دار البشاير الإسلامية بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
ـ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، تعليق: العلمي، خالد عبد اللطيف، دار الكتاب العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.

ـ الماوردي، أبو الحسن علي بن حبيب، أدب القاضي، تحقيق: الـسرحان، محيـي هـلال، رئاسة ديوان الأوقاف بالجمهورية العراقية، الطبعة الأولى، ١٣٩٢هـ.
ـ الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب، الحاوي الكبير تحقيق وتعليـق: معـوض، علي محمد، وعبد الموجود، عادل أحمد، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٤هـ.
ـ الماوردي، علي بن محمد، كتاب الإقرار بالحقوق والمواريـث مـن الحـاوي، تحقيـق: البرزنجي، طاهر اسماعيل، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، ١٤٠٧هـ.
ـ المرداوي، علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان، الإنصاف في معرفـة الـراجح مـن الخلاف، مطبوع مع الشرح الكبير والمقنع ، تحقيق: التركي، عبد الله بن عبد المحسن، وزارة الشئون الإسلامية والأوقاف بالمملكة العربية السعودية، ١٤١٩هـ.
ـ المطيعي، محمد نجيب، المجموع شرح المهذب (التكملة)، دار إحيـاء التـراث العربـي مصر، ١٤١٥هـ.
ـ ابن مفلح، أبو عبد الله محمد، الفروع، راجعه: عبد الستار أحمد فراج، عالم الكتب، الطبعة الرابعة، ١٤٠٥هـ.
ـ المقدسي، بهاء الدين عبد الرحمن بن إبراهيم، العدة في شرح العمدة تحقيق: التركي، عبد الله عبد المحسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
ـ ابن الملقن، عمر بن علي الأنصاري، الأشباه والنظائر، تحقيق: التميمـي، فاطمـة بنـت عبدالله، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، كلية الشريعة بالرياض، ١٤٢١هـ.
ـ ابن المنذر، أبو بكر محمد إبراهيم، الإجماع، تحقيق: أحمد، فؤاد عبدالمنعم، دار المـسلم، الرياض، الطبعة الأولى،١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م.
ـ ابن المنذر، أبو بكر محمـد بـن ابـراهيم، الإقنـاع، تحقيـق: الجبـرين، عبـدالله بـن عبدالعزيز،مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى.
ـ منلا خسرو، فراموز، الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام، مطبعة أحمـد كامـل، سـنة ١٣٢٩هـ.
ـ المواق، محمد بن يوسف بن أبي القاسم، التاج والإكليل، مطبـوع مـع مواهـب الجليـل للحطاب، دار الفكر، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
ـ الموصلي، عبد الله محمود مودود، الاختيار لتعليل المختار، تعليق: أبو دقيقة، محمود، دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٥هـ.
ـ ابن النجار، محمد بن أحمد الفتوحي، شرح الكوكب المنير، تحقيـق: الزحيلـي، محمـد، وحماد، نزية، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

ـ ابن نجيم، زين الدين، البحر الرائق في شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، الطبعـة الثانية.
ـ النفراوي، أحمد بن غنيم، الفواكه الدواني، دار المعرفة، بيروت.
ـ ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد، فتح القدير، دار حياء التراث العربي، بيروت.
ـ ابن هبيرة، أبو المظفر يحيى بن محمد، الإفصاح عن معاني الصحاح، المؤسسة السعيدية، الرياض، ١٣٩٨هـ.
ـ الهيتمي، شهاب الدين أحمد بن حجر، تحفة المحتاج بشرح المنهاج ، وبالهـامش حاشـية للعبادي ، وحاشية للشرواني، دار إحياء التراث العربي، بيروت، بدون بيانات طبع.
ـ ابن الوكيل، الأشباه والنظائر، تحقيق: الشويخ، عادل عبدالله، مكتبـة الرشـد، الريـاض، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.

خامساً: الدراسات العامة والبحوث الحديثة في الشريعة الإسلامية

ـ إبراهيم، محمود علي، الدعوى القضائية في الشريعة الإسـلامية، دار الهـدى، القـاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
ـ الأبياني، محمد زيد، وسلامة، محمد، مباحث المرافعات وصـور التوثيقـات والـدعاوى الشرعية، مطبعة على سكر، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٣١هـ/١٩١٣م.
ـ أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، الحسين علي، أحكام الدفوع، أحكـام الـدفوع فـي نظـام المرافعات الشرعية السعودي، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، ٢٠٠٢م.
ـ أحمد، فؤاد عبدالمنعم، وغنيم، الحسين علي، الوسيط في التنظـيم القـضائي فـي الفقـه الإسلامي مع التطبيق الجاري في المملكة العربية السعودية ومصر والكويت، مؤسسة شـباب الجامعة الإسكندرية، ١٤١٣هـ.
ـ البشتاوي، محمد سليم، جواهر الروايات ودرر الدرايات في الدعوى والبينـات، المطبعـة العامرة الشرفية، الطبعة الأولى، ١٣١٩هـ.
ـ الجبوري، حسين خلف، عوارض الأهلية عند الأصوليين، جامعة أم القرى، معهد البحوث العلمية، مكة المكرمة، الطبعة الأولى.
ـ الجوفان، ناصر محمد، مصروفات الدعوى، مجلة العدل، العدد(١٧)، محرم ١٤٢٤هـ، وزارة العدل بالمملكة العربية السعودية.
ـ أبو حبيب سعدي، القاموس الفقهي، دار الفكر، دمشق الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
ـ حسين، سيد عبد على، المقارنات التشريعية، دار إحياء الكتب العربيـة، عيـسى البـابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣٦٦هـ.

ـ الخادمي، نور الدين، المصلحة المرسلة، دار السنابل للثقافة والعلوم، تونس الطبعة الأولـى ١٤١٠هـ.
ـ آل خنين، عبدالله بن محمد بن سعد، الإدخال والتدخل في الفقه ونظام المرافعات الشرعية، بحث مقدم في ندوة القضاء والأنظمة العدلية بوزارة العدل بالمملكة العربيـة الـسعودية فـي ١٤٢٣/٢/٢٥هـ.
ـ دراسة مقارنة بين نظام المرافعات الشرعية وقانون المرافعات المـصري، إعـداد وحـدة الأبحاث القانونية عن موقع محامو المملكة العربية السعودية: www.mohamonksa.com
ـ الدغمي، محمد راكان ضيف الله، دعوى التناقض والدفع فـي الـشريعة الإسـلامية، دار عمار، عمان، دار الجيـل، بيروت، ١٤١١هـ.
ـ الرشيد، أحمد بن عبدالعزيز، الأصل والظاهر في القواعد الفقهية، رسالة ماجستير مقدمـه لكلية الشريعة بالرياض، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، ١٤٢١هـ.
ـ الرضوان، عبد العزيز صالح، الأثار المترتبة على التفريق بين مصطلح المدعي والمدعى عليه، مجلة العدل، عدد (١٦) شوال ١٤٢٣هـ، وزارة العدل، بالمملكة العربيـة الـسعودية، الرياض.
ـ الزحيلي، محمد مصطفى، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، مكتبة دار البيان، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٢هـ.
ـ الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي، وأدلته، دار الفكر، دمشق، الطبعة الثالثة،١٤٠٩هـ.
ـ الزرقا، مصطفى، المدخل الفقهي العام، دار الفكر دمشق، الطبعة العاشرة، ١٩٨٧م.
ـ الزغيبي، ابراهيم بن صالح، غياب الخصوم أو أحدهم في نظـامي المرافعـات الـشرعية والإجراءات الجزائية، مجلة العدل، العدد (٢٦)، ربيـع الآخـر ١٤٢٦هـ، وزارة العـدل بالمملكة العربية السعودية.
ـ السعيد، عبدالعزيز فهد، احكام الصبي المميز في الشريعة الاسلامية، رسالة دكتوراه مقدمه للمعهدالعالي للقضاء بجامعة الامام محمد بن سعود الاسلامية بالرياض، ١٤٠٧ هـ.
ـ صالح، سعاد ابراهيم، أحكام تصرفات الصغير في الشريعة الإسلامية، تهامة للنشر، جـده، الطبعة الأولى١٤٠٥هـ.
ـ الطريفي، ناصر عقيلي، المرافعات الشرعية، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
ـ عليان، شوكت، الوجيز في الدعوى والإثبات في الشريعة الإسلامية، الـدار العربيـة دار الرشيد، الرياض، ١٤٠٠هـ.
ـ عويس، عبد الحميد مهيوب، الدعوى وطرق الإثبات في التشريع الإسـلامي، دار الكتـاب الجامعي، القاهرة، ١٤٠٤هـ.

ـ قراعة، علي محمود، الأصول القضائية في المرافعات الشرعية، مطبعة الرغائب، القاهرة، ١٣٣٩هـ.
ـ القاري، أحمد عبدالله، مجلة الأحكام الشرعية، تهامة، السعودية، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ.
٢٤ـ القاسم، عبد الرحمن عبد العزيز، النظام القضائي الإسلامي، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ، الناشر: المؤلف.
ـ اللحيدان، محمد بن عبدالله، شرط المصلحة في دعوى الحقوق في نظام المرافعات الشرعية السعودي، بحث مقدم استكمال لمتطلبات درجة الماجستير بكلية الدراسات العليا، جامعة نايف العربية بالرياض، ١٤٢٥هـ.
ـ المبارك، أحمد بن عبد العزيز، نظام القضاء في الإسلام، بحث ضمن عدة بحوث، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، الرياض، ١٤١٢هـ.
ـ المليجي، أسامة شوقي، ملامح النظام القضائي السعودي في ضوء نظام المرافعات الشرعية الجديد، محامو المملكة العربية السعودية على الموقع www. moha moon-ksa. Com ،
ـ الهبوب، بكر بن عبداللطيف، نظرية البطلان في نظام المرافعات الشرعية، مجلة العدل، العدد(٨٢)، شوال١٤٢٦هـ، وزارة العدل، المملكة العربية السعودية.
ـ الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بالكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٤هـ.
ـ واصل، نصر فريد محمد، نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، مصر، ١٣٩٩هـ.
ـ ياسين ، محمد نعيم، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النفائس، الأردن، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.

سادساً : القانون الوضعي

ـ إبراهيم، محمد محمود، الوجيز في المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٨٣م.
ـ الأنطاكي، رزق الله، أصول المحاكمات في المواد المدنية والتجارية، جامعة دمشق، سوريا، الطبعة الأولى.
ـ أبو البصل، عبد الناصر موسى، شرح قانون أصول المحاكمات الشرعية، مكتبة دار الثقافة، ١٩٩٩م.
ـ جريج، خليل، محاضرات في نظرية الدعوى، مؤسسة نوفل، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٨٠م.

ـ جميعي، عبد الباسط، شرح قانون الإجراءات المدنية، دار الفكر العربي، مصر،١٩٦٦م
ـ الديناصوري، عزالدين، وعكاز، حامد، التعليق على قانون المرافعـات، شـركة الجـلال للطباعة، الإسكندرية، الطبعة العاشرة٢٠٠٢م.
ـ سعد، إبراهيم نجيب، القانون القضائي الخاص، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الأولى.
ـ سيف، رمزي، قانون المرافعات المدنية والتجارية وفقاً للقانون الكويتي، جامعة الكويـت، الكويت، ١٩٧٤م.
ـ الصاوي، أحمد السيد، الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار النهـضة العربية، القاهرة، ١٩٩٠م.
ـ طلبة، أنور، موسوعة المرافعات المدنية والتجارية، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، الطبعة الأولى.
ـ طموم، محمد، الشخصية المعنوية الإعتبارية في الشريعة الإسلامية والقـانون الوضـعي، مطبعة حسان، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
ـ عبدالتواب، معوض، الوسيط في الجنحة المباشرة والدعوى المدنية أمام القضاء الجنـائي، ١٩٨٦م.
ـ العشماوي، محمد، والعشماوي، عبد الوهاب، قواعد المرافعات فـي التـشريع المـصري المقارن، مكتبة الآداب، الجماميز، مصر، الطبعة الأولى.
ـ عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسـكندرية، الطبعة الأولى، ١٩٨٦م .
ـ عمر، نبيل إسماعيل، أصول المرافعات الشرعية وعلم القـضاء فـي المملكـة العربيـة السعودية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
ـ العمروسي، أنور، أصول المرافعات الشرعية في مسائل الأحـوال الشخـصية، القـاهرة، الناشر: المؤلف.
ـ فهمي، وجدي راغب، مبادئ القضاء المدني (قانون المرافعات)، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى ، ١٩٨٦م.
ـ قسطو، جليل، القواعد العامة للمرافعات المدنية، دار الثقافة، بيروت، الطبعة الأولى.
ـ القضاة، مفلح عواد، أصول المحاكمات المدنية والتنظيم القضائي، مكتبة دار الثقافة، عمان، الأردن، الطبعة الأولى.
ـ كامل، محمد نصر الدين، الدعوى وإجراءاتها في القضاء العادي والإداري، عالم الكتـب، القاهرة، ١٩٨٩م.

ـ كرم، عبدالواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، دار المناهج، الأردن، الطبعة الثانية ١٤١٨هـ/١٩٩٨م.
ـ كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٩م.
ـ كيره، مصطفى كامل، قواعد المرافعات في النظام السعودي، معهد الإدارة العامة، ١٣٩٦هـ.
ـ مسلم، أحمد، أصول المرافعات، دار الفكر العربي، القاهرة، سنة ١٩٧٨م.
ـ المنشاوي، عبد الحميد، التعليق على قانون المرافعات طبقاً للتعديلات في القانونين (٦) ١٩٩١م، و(٢٣) ١٩٩٢م، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ١٩٩٣م.
ـ نصري، أحمد مبادئ القضاء الشرعي، دار الفكر العربي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
ـ الناهي، صلاح الدين، النظرية العامة في الدعوى في المرافعات والأصول المدنية، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
ـ هليل، فرج علوان، البطلان في المرافعات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢م
ـ والي، فتحي، قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٢م.
ـ أبو الوفا، أحمد، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الثالثة عشرة، ١٩٨٠م.
ـ أبو الوفا، أحمد، التعليق على نصوص قانون المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الرابعة، ١٩٨٤م.
ـ معجم القانون، مجمع اللغة العربية، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م.

سابعاً : السير والتراجم والتاريخ

ـ ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الإصابة في تمييز الصحابة، بيت الأفكار الدولية، الرياض، الطبعة الأولى.
ـ ابن حجر، أحمد بن علي العسقلاني، الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، دار الكتب الحديثة، مصر، الطبعة الأولى.
ـ الذهبي، أبو عبدالله محمد بن أحمد بن قايماز، سير أعلام النبلاء، بيت الأفكار الدولية، الرياض، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤م.
ـ الزركلي، خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الحادية عشرة، ١٩٩٥م

ـ الشوكاني، محمد بن علي، البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، تحقيـق: العمـري، حسين عبدالله، دار الفكر بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
ـ ابن العماد، عبدالحي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الآفاق الجديـدة، بيـروت، الطبعة الأولى.

ثامناً : الأنظمة والتعاميم

ـ نظام القضاء الصادر سنة ١٣٩٥هـ ـ. الـصدر بالمرسـوم الملكـي رقـم م/٦٤ فـي ١٣٩٥/٧/١٤هـ، بناء على قرار مجلس الوزراء رقم ٨٢٤ في ١٣٩٥/٧/٥هـ.
٢ـ نظام تركيز مسؤوليات القضاء الشرعي الصادر سنة ١٣٧٢هـ. الصادر بالأمر الملكـي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ.
ـ نظام تنظيم الأعمال الإدارية في الدوائر الشرعية الصادرة سنة ١٣٧٢هـ. الصادر بالأمر الملكي رقم ١٠٩ في ١٣٧٢/١/٢٤هـ.
ـ نظام المرافعات الشرعية ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٢١ بتاريخ ١٤٢١/٥/٢٠هـ، بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١١٥) بتاريخ ١٤٢١/٥/١٤هـ ، المنـشور بجريـدة أم القرى العدد ٣٨١١ بتاريخ ١٤٢١/٦/١٧هـ.
ـ نظام المحاماة ، الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/٣٨ بتاريخ ١٤٢٢/٧/٢٨هـ ، بناء على قرار مجلس الوزراء رقم (١٩٩٠) بتاريخ ١٤٢٢/٧/١٤هـ ، المنشور بجريدة أم القرى العدد ٣٨٦٨ بتاريخ ١٤٢٢/٨/٢٤هـ.
ـ اللائحة التفيذية لنظام المرافعات الشرعية، لجنة إعداد اللوائح التنفيذية لنظـام المرافعـات الشرعية، وزارة العدل، المنشورة بجريدة أم القرى، العدد ٣٩٣٢ بتاريخ ١٤٢٤/١/١١هـ.
ـ اللائحة التنفيذية لنظام المحاماة، المنشورة بجريـدة أم القـرى ، العـدد ٣٩٣٢ بتـاريخ ١٤٢٤/١/١١هـ.
ـ قرار مجلس الوزراء رقم ٩٤ وتاريخ ٢٥/ ٤/ ١٤٠٦هـ. والمعمم بخطاب وزير العـدل رقم ١٢/ ١٣٦ت بتاريخ ١٢/ ١٤٠٦/٧هـ .

فهـرس الموضـوعـات